

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado**

Informe sobre el Caso Arbitral N° 0072-2016-CCL

**Autor/a**

Jackeline León Rodas

**Código del/a alumno/a:**

20030961

**Asesor/a:**

Paul Villegas Vega

**Lima, 2020**

## RESUMEN:

En el presente informe se analiza el laudo del caso arbitral N° 0072-2016-CCL emitido por el Tribunal Arbitral en el marco del proceso arbitral interpuesto por Metro de Lima Línea 2 S.A. (en adelante el “**Concesionario**”), ante la Cámara de Comercio de Lima, contra el Ministerio de Transporte de Comunicaciones, actuando en representación del Estado de la República del Perú, (en adelante el “**Concedente**”) por la aplicación de las penalidades contractuales impuestas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante “**OSITRAN**”<sup>1</sup>) a Metro de Lima Línea 2 S.A. por el incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato referido al Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico en el Área de la Concesión denominada “PV23” de la Etapa 1A del proyecto “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao” (en adelante el “**Proyecto**”).

Como cuestión previa, se analiza y determina que las controversias relativas a las penalidades contractuales por el incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato pueden ser resueltas a través de la vía arbitral por tener naturaleza contractual. Conclusión que coincide con la interpretación y decisión del Tribunal Arbitral que determinó que las penalidades tienen naturaleza contractual y, por ello, son arbitrables.

Seguidamente, se desarrolla el alcance y forma de aplicación de las penalidades por parte de OSITRAN. Determinándose que el Concesionario incumplió la cláusula 6.74 del Contrato correspondiendo la aplicación de las penalidades contractuales por los siguientes motivos. En primer lugar, porque CSIL2 fiscalizó en base a los planos vigentes y aprobados por la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante el “**MML**”), los cuales no han sido modificados por la MML. Corroborándose que los informes emitidos por CSIL2, que sirven de base a OSITRAN para verificar el incumplimiento de Metro, han tenido como insumo documentación correcta y vigente.

En segundo lugar, respecto a la intimación en mora, de conformidad con la cláusula 17.13, se coincide con el Tribunal Arbitral de que no es posible afirmar que OSITRAN debe primero imputar incumplimiento y luego aplicar las penalidades. Las cláusulas 17.7 y 17.13 establecen que en un mismo acto OSITRAN se encuentra facultado para comunicar el incumplimiento e imponer las penalidades. La única exigencia impuesta a OSITRAN consiste en acreditar el incumplimiento imputado como condición para aplicar las penalidades. Situación que se ha demostrado en cada uno de los casos referidos de las penalidades.

En tercer lugar, Metro no ha podido demostrar la existencia de causas que generen que el incumplimiento de la totalidad de los componentes del Plan de Desvío no le sea imputable. Metro no presentó sustento alguno sobre causas que generen que el incumplimiento del componente del Desvío de Tráfico no le sea imputable. Asimismo, las denuncias por los hurtos de las señalizaciones no abarcan la totalidad del periodo penalizado. El incumplimiento de cualquiera de los componentes del Plan de Desvío, faculta a OSITRAN a imponer la penalidad establecida en el Anexo N° 10 del Contrato. Por lo que, las penalidades son exigibles a Metro, coincidiendo con el Tribunal Arbitral.

Finalmente, sobre la base de los hechos y de la normativa aplicable, se concluye que el Tribunal Arbitral pueda hacer uso de su facultad excepcional para reducir las penalidades impuestas por OSITRAN a fin de atenuar las consecuencias patrimoniales de responsabilidad, correspondiendo la reducción de las penalidades contractuales

---

<sup>1</sup> OSITRAN participa en el arbitraje como Tercero Coadyuvante

## Tabla de Contenido

1.	INTRODUCCIÓN:	3
2.	RELEVANCIA JURIDICA	3
3.	ESTRUCTURA DEL INFORME	4
<b>PARTE I</b>		<b>5</b>
<b>1.</b>	<b>DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO</b>	<b>5</b>
1.1.	El Contrato de Concesión	6
1.2.	Objeto del Contrato	7
1.3.	Las Partes del Contrato	7
1.3.1.	El Concedente: Órganos y Entidades que actúa bajo su órbita	7
1.3.2.	El Concesionario	9
1.4.	Alcance de la obligación prevista en la cláusula 6.74 del Contrato	9
1.4.1.	Toma de Posesión del PV23 por parte del Concesionario	11
1.4.2.	Delimitación del concepto de Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico	11
<b>PARTE II</b>		<b>13</b>
<b>2.</b>	<b>IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO</b>	<b>13</b>
2.1.	Antecedentes generales del caso	13
2.2.	Descripción de las penalidades	14
2.2.1.	Primera penalidad	14
2.2.2.	Segunda penalidad	15
2.2.3.	Tercera penalidad	15
2.2.4.	Cuarta penalidad	16
2.2.5.	Quinta, sexta, séptima, octava penalidad	17
2.3.	Desarrollo del Proceso Arbitral	18
<b>PARTE III</b>		<b>20</b>
<b>3.</b>	<b>IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>20</b>
<b>PARTE IV</b>		<b>21</b>
<b>4.</b>	<b>ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b>	<b>21</b>
4.1.	¿Las penalidades impuestas por OSITRAN a Metro pueden ser arbitrables?	21
4.1.1.	¿Cuál es la naturaleza jurídica de las penalidades previstas en el Anexo N° 10 del Contrato?	21
4.1.1.1.	Análisis	21
4.1.1.2.	Conclusión	27
4.1.2.	¿La cláusula 17.14 del Contrato excluye que las controversias sobre las penalidades contractuales puedan ser resueltas por las Partes mediante los mecanismos de Solución de Controversias (arbitraje) pactados en el Contrato?	27
4.1.2.1.	Análisis	27
4.1.2.2.	Conclusión	31
4.1.3.	Conclusión del primer problema jurídico principal	31
4.2.	¿Corresponde la aplicación de las penalidades contractuales que OSITRAN impuso a Metro por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato?	31
4.2.1.	¿OSITRAN ha supervisado de forma correcta el cumplimiento de las obligaciones de Metro?	32
4.2.1.1.	Análisis	32
4.2.1.2.	Conclusión	33
4.2.2.	¿La intimación en mora a Metro es un requisito previo para la aplicación de las penalidades contractuales?	33
4.2.2.1.	Análisis	34
4.2.2.2.	Conclusión	36
4.2.3.	¿Los hurtos de las señalizaciones horizontales y verticales, así como la falta de control que tiene Metro sobre la disponibilidad de los policías son causas de exoneración de responsabilidad?	36
4.2.3.1.	Análisis	36

4.2.3.2. <i>Conclusión</i> .....	41
4.2.4. Conclusión del segundo problema jurídico principal.....	41
4.3. ¿Es factible modificar las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN?.....	41
4.3.1. ¿Se verifican los supuestos habilitantes para reducir las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN? .....	41
4.3.1.1. <i>Análisis</i> .....	41
4.3.1.2. <i>Conclusión</i> .....	44
4.3.2. ¿Los plazos para notificar el incumplimiento y el criterio de agrupación de las penalidades por parte de ositran constituyen otro criterio a tener en cuenta para reducir las penalidades? .....	45
4.3.2.1. <i>Análisis</i> .....	45
4.3.2.2. <i>Conclusión</i> .....	49
4.3.3. Conclusión del tercer problema jurídico principal .....	49
<b>PARTE V</b> .....	50
<b>5. POSICIÓN DEL ALUMNO</b> .....	50
<b>6. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	52
<b>7. ANEXO</b> .....	54



## 1. INTRODUCCIÓN:

En el presente informe se analiza la aplicación de las penalidades contractuales impuestas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público<sup>1</sup> (en adelante “OSITRAN”) a Metro de Lima Línea 2 S.A. (en adelante el “Concesionario” o “Metro”) por el incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato referido al Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico en el Área de la Concesión denominada “PV23” de la Etapa 1A del proyecto “Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao” (en adelante el “Proyecto”).

Como cuestión previa, se analiza si las controversias relativas a las penalidades pueden ser resueltas o no a través de la vía arbitral por tener naturaleza contractual. Según el desarrollo que se muestra a continuación, se coincide con el Tribunal Arbitral al determinar que las penalidades tienen naturaleza contractual y, por ello, son arbitrables.

Seguidamente, se desarrolla el alcance y forma de aplicación de las penalidades por parte de OSITRAN. Determinándose que el Concesionario incumplió la cláusula 6.74 del Contrato que habilita la aplicación de las penalidades contractuales.

Finalmente, sobre la base de los hechos y de la normativa aplicable, concluyo que el Tribunal Arbitral pueda hacer uso de su facultad excepcional para reducir las penalidades impuestas por OSITRAN a fin de atenuar las consecuencias patrimoniales de responsabilidad, correspondiendo la reducción de las penalidades contractuales.

## 2. RELEVANCIA JURIDICA

Se trata de una controversia que consiste en determinar cuál es el alcance y cumplimiento de la obligación prevista en la cláusula 6.74 del Contrato referido al Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvío en las Áreas de la Concesión del Proyecto así como la forma correcta que debe seguir OSITRAN para aplicar las penalidades contractuales, en el marco de lo dispuesto en el Contrato de Concesión, a fin de evitar perjuicios económicos al Concesionario.

Sobre este último punto destacar que, si bien el Caso Arbitral resuelve sobre la situación acontecida en una sola Área de la Concesión (PV23) en un tiempo determinado (desde el 4 de agosto de 2015 al 31 de mayo de 2016), la relevancia radica en que, al tener el Proyecto una magnitud de 35 Km que incluye alrededor de 72 Áreas de la Concesión, el Laudo Arbitral tiene un impacto económico relevante para el Concesionario, dado que el Proyecto actualmente sigue en ejecución con el posible riesgo de que OSITRAN continúe aplicando las penalidades contractuales a Metro de la misma forma, por el mismo concepto, para el Área de la Concesión (PV23) u otras Áreas de la Concesión del Proyecto.

En el informe se atenderá los detalles relevantes con una visión de conjunto de la problemática a fin de enmarcar adecuadamente las diferentes cuestiones litigiosas que conformaron la materia objeto de arbitraje.

---

<sup>1</sup> La habilitación para que OSITRAN aplique las penalidades contractuales establecidas en el Contrato se encuentra previsto en la cláusula 17.12 del Contrato que a la letra señala lo siguiente: “El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato(...)”.

### 3. ESTRUCTURA DEL INFORME

El Informe se estructura en cinco Partes:

- i. La **Parte I:** Descripción del Proyecto, las Partes y el alcance de la cláusula 6.74 del Contrato.
- ii. La **Parte II:** Identificación de los hechos del caso.
- iii. La **Parte III:** Identificación de los problemas jurídicos primarios y secundarios
- iv. La **Parte IV:** Análisis de los problemas jurídicos primarios y secundarios.
- v. La **Parte V:** Posición del alumno, bibliografía y anexo.



## PARTE I

### 1. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO

1. El Proyecto consiste en la implementación en la ciudad de Lima de una línea de metro subterráneo de este a oeste de 26,87 kms. de longitud desde el Puerto del Callao hasta la Estación Municipalidad de Ate, más un ramal (Línea 4) de norte a sur, de 7,65 kms. de longitud, desde la Estación Gambetta (Av. Gambetta) hasta la Estación Carmen de la Legua (Av. Elmer Faucett).
2. La Línea 2 del Metro conectará los distritos del Este de Lima con los del Centro de Lima y Callao, complementando la Línea 1 del Metro de Lima. Se reproduce a continuación el recorrido del Proyecto<sup>2</sup>:



3. El Proyecto es una de las más grandes obras en la historia del Perú y una de las más complejas, con una inversión inicial prevista de aproximadamente USD 5.373.251.000. Se trata, además, de la primera línea de metro pesado subterráneo ejecutada en el Perú.
4. Es un Proyecto en el cual el Concesionario es responsable del diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto, durante un plazo de 35 años.
5. El Contrato de Concesión prevé que el Proyecto se desarrollará en tres (3) Etapas:
  - i. Primera Etapa A/Etapa 1A
  - ii. Primera Etapa B/Etapa 1B
  - iii. Segunda Etapa/Etapa 2
6. Los hechos del caso arbitral se desarrollaron en el **Área de la Concesión de PV23** correspondiente a la **Etapa 1A** del Proyecto.

<sup>2</sup> Presentación extraída de OSITRAN. “Plan de Negocio del 2020. Línea 2 del Metro y Callao”



7. El 28 de abril de 2014 el Concedente y el Concesionario firmaron el Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Equipamiento Electromecánico y Equipamiento de Sistema y Provisión de Material Rodante, Operación y Mantenimiento del Proyecto (en adelante el “**Contrato de Concesión**” o “**Contrato**”), en marco del Decreto Legislativo N° 1012 y el Decreto Supremo N° 146-2008-EF. Con fecha el 26 de diciembre de 2014 se firmó la Adenda N° 1 al Contrato. Con fecha 13 de diciembre de 2018 se firmó la Adenda N° 2 al Contrato<sup>3</sup>.
8. En los siguientes apartados resumiremos los aspectos esenciales del Contrato relativos a su modalidad, objeto y el alcance de la cláusula 6.74 del Contrato referente al Mantenimiento de Transito y Desvío de Tráfico.
9. El aspecto esencial del Contrato es que se trata de un Contrato de Asociación Público-Privada (APP), modalidad Concesión cofinanciada, tipo ‘DFBOT’ (*Design, Finance, Build, Operate and Transfer*)<sup>4</sup>. Así consta expresamente en la Sección II del Contrato, que regula la “Naturaleza, Objeto, Modalidad y Caracteres de la Concesión”; en particular, la cláusula 2.8 establece que:

3 La Adenda N° 2 no estaba suscrita en la fecha en la que ocurrieron los hechos del caso arbitral. Con la Adenda N° 1 y la Adenda N° 2 se procedieron, entre otros, a incorporar las siguientes definiciones: Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de Áreas de la Concesión, Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución. Asimismo, con las citadas Adendas se definieron los nuevos plazos de entrega de las Áreas de la Concesión según consta en el Nuevo Cronograma Actualizado de Entrega de las Áreas de la Concesión y en base al cual se procedió acordar el Nuevo Cronograma Actualizado de Ejecución y la Valorización de Avance.

4 La caracterización del Proyecto como una Asociación Público-Privada cofinanciada bajo un esquema DFBOT, de acuerdo a la cláusula 2.3 del Contrato, implica que el Concesionario sea el responsable por el diseño, financiamiento, construcción, Equipamiento Electromecánico, Equipamiento de Sistema y Provisión de Material Rodante, operación y mantenimiento del Proyecto, de conformidad con las estipulaciones contenidas en este Contrato.



*aprobado mediante Decreto Supremo 146/2008-EF, y sus modificatorias, en concordancia con e literal c) del artículo 14 del TUO” [el subrayado es mío].*

De conformidad con el Decreto Legislativo N° 1362<sup>5</sup>, las APP se configuran como “*modalidad de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública*”

De la misma manera, de conformidad con la cláusula 2.5 del Contrato:

*“El presente Contrato de Concesión responde a un esquema DFBOT (design, finance, build, operate and transfer), por ello, la propiedad de la infraestructura que forma parte de la Concesión en todo momento mantiene su condición pública”.*

## **1.2. OBJETO DEL CONTRATO**

10. El Contrato tiene como objeto otorgar al Concesionario el derecho a la explotación de los bienes de la Concesión durante el plazo de vigencia de la misma. La Concesión ha sido otorgada por un plazo de treinta y cinco (35) años, que se inicia en la fecha de firma del Contrato de Concesión –Fecha de Cierre– y culminará según las condiciones estipuladas en el mismo.

## **1.3. LAS PARTES DEL CONTRATO**

### **1.3.1. EL CONCEDENTE: ÓRGANOS Y ENTIDADES QUE ACTÚA BAJO SU ÓRBITA**

11. La parte que ocupa la posición del Concedente en el Contrato de Concesión es el Estado de la República del Perú, que actúa representado por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones.
12. La República del Perú ha intervenido en el Contrato de Concesión por medio de órganos y entidades distintos:
  - El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).
  - El Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).
  - La Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima (AATE).

Adicionalmente, OSITRAN se ha servido de un organismo externo, el Consorcio Supervisor Internacional Línea 2 (en adelante “**CSIL2**”), para el desarrollo de sus funciones como Supervisor.

---

<sup>5</sup> El Decreto Legislativo N° 1362. “Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos”. Lima, 23 de julio de 2018. Precisar que en la fecha en la que ocurrieron los hechos estaba vigente el Decreto Legislativo N° 1012.

- (i) Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante “MTC”)
13. La República del Perú actúa en el Contrato de Concesión a través del MTC como el representante del Concedente.
- (ii) OSITRAN
14. Según el Contrato de Concesión, OSITRAN es el “Regulador”.
15. OSITRAN es un organismo público descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Dentro del marco de las concesiones, según la Ley N° 26917<sup>6</sup> y el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM<sup>7</sup>, OSITRAN tiene la función principal de regular el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando de forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.
16. De conformidad con la Ley N° 29754<sup>8</sup>, OSITRAN es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao.
- (iii) La Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima (en adelante “AATE”)<sup>9</sup>
17. De acuerdo con los términos del Contrato, la AATE es una entidad que forma parte del MTC. De acuerdo con los términos del Contrato, la AATE está definida como
- “Proyecto Especial denominado Autoridad Autónoma del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, entidad creada mediante el Decreto Supremo N° 001-86-MIPRE con rango de ley otorgado mediante Ley N° 24565, y actualmente **unidad ejecutora** del Ministerio de Transportes y Comunicaciones por efecto del Decreto de Urgencia N° 063-2009. Su organización es establecida por Resolución Ministerial N° 357-2010-MTC/02 y por Decreto Supremo N° 032-2010-MTC y adecuada por Decreto Supremo N° 032-2011-MTC” [el subrayado es mío].*
- (iv) CSIL2
18. De conformidad con el apartado de definiciones del Contrato, OSITRAN es también el “Supervisor, Supervisor de Obras o Supervisor de Inversiones Obligatorias”.

<sup>6</sup> Artículo 3° de la Ley N° 26917. “Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo”. Lima, 20 de enero de 1998.

<sup>7</sup> Decreto Supremo N° 044-2006-PCM. “El Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público”. Lima, 24 de julio de 2006.

<sup>8</sup> Ley N° 29754. “Ley que dispone que el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN) es la entidad competente para ejercer la supervisión de los servicios públicos de transporte ferroviario de pasajeros en las vías concesionadas que forman parte del sistema eléctrico de transporte masivo de Lima y Callao”. Lima, 13 de julio de 2011.

<sup>9</sup> La Ley N° 30900. “Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU)”. Lima, 28 de diciembre de 2018. Con la referida Ley, la AATE fue absorbida por la ATU

19. Según ese mismo apartado de definiciones, OSITRAN puede desarrollar esas funciones *“directamente o través de una empresa o empresas de reconocido prestigio”*. La cláusula 17.9 del Contrato menciona en el mismo sentido que *“el Regulador [OSITRAN] podrá designar uno o varios Supervisores de Diseños, Obras y Explotación, el(los) mismo(s) que desempeñará(n) las funciones que el Regulador les asigne. Las funciones en caso de designación, serán ejercidas de acuerdo a las facultades conferidas por el Regulador. La titularidad de las funciones se mantiene en el Regulador”*.
20. En definitiva, el Supervisor del Contrato es OSITRAN, que está facultado para designar a un tercero para que desempeñe las funciones en las que consiste la supervisión (o parte de ellas), pero manteniendo siempre OSITRAN la titularidad de la supervisión.
21. Mediante Contrato N° 030-2015-OSITRAN, el 20 de marzo de 2015, OSITRAN contrató como supervisor a CSIL2.

### **1.3.2. EL CONCESIONARIO**

22. El Concesionario es Metro de Lima Línea 2 S.A. quien suscribió el Contrato de Concesión.

### **1.4. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN PREVISTA EN LA CLÁUSULA 6.74 DEL CONTRATO**

23. La Sección VI del Contrato, referida a las Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha, señala en la cláusula 6.74 referida al Mantenimiento del Tránsito y Desvío de Tráfico lo siguiente:

*6.74. El CONCESIONARIO será responsable de la **elaboración, tramitación, gestión y el cumplimiento del plan de desvíos**, así como los costos asociados a su implementación, en el Tramo o Tramos donde se ubique la Obra, **desde la entrega del Área de la Concesión de la Etapa que corresponda, hasta la recepción de las Obras, y estará sujeto a supervisión y fiscalización**, siendo las labores de control de tránsito donde se ubiquen las obras de competencia del Regulador, en concordancia con el Decreto Supremo N° 016-2009-MTC” [el subrayado es mío].*

24. De acuerdo a la cláusula 6.74 del Contrato, el Concesionario es responsable de la elaboración, tramitación, gestión y el cumplimiento del Plan de Desvíos, así como los costos asociados a su implementación en el tramo o tramos donde se ubique la obra, desde la entrega del Área de la Concesión de la Etapa que corresponda, hasta la recepción de las Obras.
25. Para delimitar la fecha del inicio de la exigibilidad del cumplimiento de la obligación referida al Mantenimiento del Tránsito y Desvíos de Tráfico, corresponde analizar las cláusulas correspondientes a Toma de Posesión, Interferencias y entrega de las Áreas de la Concesión.

26. La Sección 1 del Contrato, referida a los Antecedentes y Definiciones, contempla lo siguiente con relación a la Toma de Posesión:

“Toma de Posesión

*Es el acto mediante el cual el CONCESIONARIO toma posesión del Área de la Concesión entregada por el CONCEDENTE, para ser destinados a la ejecución del Contrato, **dejando constancia de ello en el Acta de Entrega del Área de la Concesión de la Primera Etapa A (...). La Toma de Posesión se verificará de acuerdo a lo establecido en la Cláusulas 5.16 a 5.19 contemplando lo dispuesto en la Cláusula 5.65 del presente Contrato**” [el subrayado es mío].*

27. La cláusula 5.16 referida a la Toma de Posesión, modificada con la Adenda N° 1 al Contrato de Concesión, contempla lo siguiente

“5.16 (...)

***Las actas de entrega de las Áreas de la Concesión,** (...), deberán elaborarse en forma previa entre un representante del CONCEDENTE y del CONCESIONARIO, y suscritas ante la presencia de un Notario Público. (...). La liberación de las Interferencias existentes en las Áreas de la Concesión se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en la definición de Interferencias del presente Contrato.*

***En caso existan Interferencias en las Áreas de la Concesión entregadas al CONCESIONARIO, las Actas de Entrega de las Áreas de la Concesión únicamente tendrán el propósito de permitir al CONCESIONARIO coordinar o llevar a cabo la liberación de las Interferencias (...).***

*Una vez que las Áreas de la Concesión correspondientes se encuentren totalmente liberadas de toda Interferencia, **se suscribirá un acta complementaria mediante la cual se indique que las Áreas de la Concesión se están entregando libres de Interferencias, de manera que se dé por producida la toma de posesión.** (...)” [el subrayado es mío].*

28. De la lectura de las cláusulas se concluye que la Toma de Posesión de las Áreas de la Concesión se materializa con la suscripción de las Actas de Entrega de las Áreas de la Concesión. En el supuesto de que las Áreas de la Concesión tengan Interferencias que han sido encargadas al Concesionario para su liberación, se suscribirá un Acta Complementaria mediante la cual se indique que las Áreas de la Concesión se están entregando libres de Interferencias, de manera que se dé por producida la Toma de Posesión.
29. Por tanto, la exigibilidad de la obligación del cumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato se configuró con la entrega del Área de la Concesión, y consecuente Toma de Posesión del Área completa del PV23 que forma parte de la Etapa 1A, lo cual permitió al Concesionario iniciar la ejecución de las Obras.
30. Adicionalmente, ante un incumplimiento, la cláusula 17.12 del Contrato establece, con relación a las penalidades contractuales, que **“El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato”** [el subrayado es mío]. Asimismo, la cláusula 17.13 del Contrato señala que:

*“17.13. En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10” [el subrayado es mío].*

31. En la Tabla N° 2, del Anexo N° 10 del Contrato, respecto a las penalidades aplicables al Contrato, en la referida al "Incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico" el criterio de aplicación es por "cada día", conforme se aprecia en siguiente cuadro:

**Tabla N° 2: Penalidades referidas a la Sección VI: Inversiones Obligatorias y Pruebas de Puesta en Marcha**

<b>Monto en UIT</b>	<b>Descripción de penalidad</b>	<b>Criterio de Aplicación</b>
2 UIT	Incumplimiento en el mantenimiento del tránsito y desvíos de tráfico.	Cada día

1.4.1. Toma de Posesión del PV23 por parte del Concesionario

32. La cláusula 5.16 del Contrato, modificada a través de la Adenda N° 1, dispuso que las Áreas de la Concesión con Interferencias puedan ser entregadas al Concesionario, mediante la suscripción de Actas de Entrega de las Áreas de la Concesión, únicamente para permitir que el Concesionario libere las referidas interferencias. Cuando el Área de la Concesión entregada se encuentre libre de interferencias, se suscribirá un Acta Complementaria, efectuándose la Toma de Posesión por parte del Concesionario.
33. Las Partes de común acuerdo, mediante la Adenda N° 1, incorporaron y habilitaron la entrega parcial de las Áreas de la Concesión de la Primera Etapa A, por parte del Concedente al Concesionario, para la ejecución de las obras.
34. Por lo tanto, con el Acta de Entrega Complementaria del Área de la Concesión del PV23, área pública correspondiente a la Primera Etapa A del Contrato, de fecha 26 de junio de 2015, suscrita entre el Concedente, Concesionario y OSITRAN, se señaló, en el acápite segundo del Acuerdo de entrega, que se produjo la Toma de Posesión de la referida área entregada, comenzando desde **el 26 de junio de 2015** la exigibilidad para el cumplimiento de la obligación señalada en la cláusula 6.74 del Contrato, referida al Mantenimiento del Tránsito y Desvíos de Tráfico.

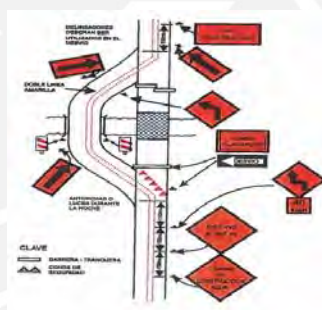
1.4.2. Delimitación del concepto de Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico

35. El alcance de la cláusula 6.74 del Contrato referido al Plan de Desvío contempla dos componentes: Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico. Las Partes están de acuerdo que el Plan de Desvíos elaborado y propuesto por el propio Concesionario define el concepto de Mantenimiento de Tránsito, circunscribiéndolo a tres elementos:
- Implementación de señalización horizontal:** La señalización horizontal, como menciona Metro en su demanda, son las marcas en el pavimento que sirve para

canalizar y orientar la circulación de los vehículos e indican los movimientos a ejecutar mediante líneas, figuras y leyendas. Se puede visualizar en la siguiente imagen:



- ii. **Implementación de señalización vertical:** La señalización horizontal, como menciona Metro en su demanda, son placas fijadas en postes o estructuras sobre la vía o adyacente a ellas, que mediante símbolos o leyendas determinadas cumplen la función de prevenir a los usuarios sobre la existencia de peligros y su naturaleza, reglamentar las prohibiciones o restricciones respecto del uso de las vías, así como brindar la información necesaria para guiar a los usuarios de las mismas. Se puede visualizar de la siguiente manera:



- iii. **Control policial:** Presencia policial en las intersecciones críticas de las rutas que forman parte del Plan de Desvío:
36. Asimismo, las Partes están de acuerdo de que el Plan de Desvíos elaborado y propuesto por el propio Concesionario también define el concepto de **Desvío de Tráfico** el cual está relacionado con la configuración de itinerarios lo más próximo y paralelo a aquel que el vehículo realizaría sino estuviera ejecutando las Obras, ello a fin de evitar que en las zonas de obra circule el Transporte Público, Transporte Privado, Transporte Pesado y de Carga.
  37. De la misma forma, las Partes, incluyendo OSITRAN, están de acuerdo de que la Autoridad Competente para autorizar y modificar el Plan de Desvío es la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el marco de la Ordenanza N° 1680-MML. Sin embargo, las Partes difieren en la forma en cómo se debe llevar modificación, lo que origina la discrepancia sobre el cumplimiento de Metro respecto de la cláusula 6.74 del Contrato.

## PARTE II

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO

38. A continuación se realiza un recuento de los hechos más relevantes del caso. Para tales efectos se ha dividido en: (i) antecedentes generales del caso; (ii) descripción de las penalidades objeto de controversia en el arbitraje, en este apartado se podrá verificar que OSITRAN aplicó ocho penalidades por el mismo incumplimiento en fechas distintas; y, (iii) desarrollo del Proceso Arbitral.

Para mayor comprensión se adjunta como Anexo la Línea de Tiempo de la Aplicación de las Penalidades y el Proceso Arbitral.

#### 2.1. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

39. El 24 de febrero de 2015, la Municipalidad Metropolitana de Lima (en adelante “**MML**”), a través de la Sub Gerencia de Ingeniería de Tránsito (en adelante, la “**MML-SIT**”), emitió la Resolución N° 1423-2015-MML/GTU-SIT por medio de la cual autorizó al Concesionario a interferir de manera temporal el tránsito en las vías descritas en la Autorización (en adelante la “**Autorización**”).

El artículo Décimo Cuarto de la Autorización condicionó la interferencia temporal respecto de parte de las vías a la entrega de la opinión favorable de Empresa Municipal Administradora de Peaje de Lima (EMAPE), los planos de desvíos y señalización correspondiente.

40. El 20 de abril de 2015, el Concesionario remitió a la MML-SIT los siguientes documentos: i) oficio N° 093-2015-MTC/33; ii) planos de desvíos; y, iii) planos de señalización, condicionados al envío posterior de EMAPE.
41. El 24 de abril de 2015, el Concesionario remitió la Opinión Favorable de EMAPE a la MML-SIT a fin de que se otorgue la autorización complementaria de interferencia de vías por la ejecución de las obras de los tramos faltantes de la Etapa 1A del Proyecto.
42. El 18 de mayo de 2015, la MML-SIT emitió la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT que modificó e incorporó de oficio nuevas obligaciones no previstas en la Autorización (en adelante la “**Autorización Complementaria**”).
43. El 15 de junio de 2015, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Autorización Complementaria.
44. El 26 de junio de 2015, el Concesionario y la Policía Nacional del Perú (en adelante la “**PNP**”) suscribieron el Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional (en adelante el “**Convenio Específico**”).
45. El 28 agosto de 2015, las Partes acordaron el Procedimiento de Comunicación de Actualizaciones de Planos de Micro desvío, lo cual se reflejó en el Acta N° CJV-ARP-00007-15. En dicha acta participaron CSIL2, la AATE y el Concesionario.

46. El 19 de octubre de 2015, el Concesionario informó al MTC, AATE, OSITRAN y Supervisión que se estaban actualizando los planos de Micro Desvío.
47. El 26 de noviembre de 2015, la Gerencia de Transporte Urbano (GTU) de la MML emitió la Resolución de Gerencia N° 1451-2015-MML/GTU resolviendo conservar el acto administrativo emitido mediante la Resolución de Subgerencia N° 4045-2015-MML/GTU-SIT y procedió a su enmienda en lo que respecta a las obligaciones de mantenimiento de vías, retiro de gibas y en lo referido a la obligación de implementación de puntos de control.
48. El 1 de diciembre de 2015, la PNP informó de la imposibilidad de suscribir la adenda al Convenio Específico, debido a la emisión del Decreto Legislativo N° 1230 que establece que el personal de la PNP a partir de 1 de enero de 2016, está sujeto a las prohibiciones e incompatibilidad señaladas en la acotada norma legal.
49. Entre el año 2015 y el año 2016, el Concesionario ha sido víctima de continuos robos de la señalética horizontal y vertical.

## **2.2. DESCRIPCIÓN DE LAS PENALIDADES**

### **2.2.1. PRIMERA PENALIDAD**

50. El 12 de enero de 2016, mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN (en adelante la “**GSF-OSITRAN**”) comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 116 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. La penalidad aplicada abarca el siguiente periodo: **(i) desde el 4 al 31 de agosto de 2015; y, (ii) desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.**
51. El 22 enero de 2016, mediante la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0110, Metro presentó ante OSITRAN la impugnación de naturaleza contractual de la penalidad impuesta a través del Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, en el marco de la cláusula 17.14 del Contrato.
52. El 18 de febrero de 2016, mediante el Oficio del N° 053-16-GG-OSITRAN, OSITRAN declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta al haberse determinado que Metro no cumplió con su obligación de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico comprendida en el Plan de Desvío presentado a la MML, contraviniendo la cláusula 6.74 del Contrato, confirmando las 116 UITs.
53. El 26 de febrero de 2016, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0368, Metro presentó al Concedente la Solicitud de Trato Directo N° 5 sobre la invalidez de la aplicación de la referida penalidad contractual.
54. El 4 de marzo de 2016, mediante el Oficio N° 0860-2016-MTC/25, el Concedente objetó la viabilidad del resolver la controversia en vía de Trato Directo, manifestando que la aplicación de las penalidades por parte del Regulador no resulta arbitrable acorde a lo dispuesto en la cláusula 16.12 del Contrato, además que, según la cláusula 17.12 y siguientes del Contrato, la decisión del Regulador respecto a la aplicación de las



penalizaciones tiene carácter definitivo y no está sujeto a reclamación alguna por el Concesionario. Motivo por el cual, con fecha 15 de marzo de 2016, Metro presentó el escrito de petición de arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima.

### **2.2.2. SEGUNDA PENALIDAD**

55. El 18 de enero de 2016, mediante el Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 60 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el periodo del 1 al 30 de noviembre de 2015.**
56. El 29 enero de 2016, mediante la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0169, Metro presentó ante OSITRAN la impugnación de naturaleza contractual de la penalidad impuesta a través del Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN, en el marco de la cláusula 17.14 del Contrato,
57. El 26 de febrero de 2016, mediante el Oficio del N° 067-16-GG-OSITRAN, OSITRAN declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta, al haberse determinado que Metro no cumplió con su obligación de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico comprendida en el Plan de Desvío presentado a la MML, contraviniendo la cláusula 6.74 del Contrato, confirmando las 60 UITs.
58. El 15 de marzo de 2016, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0511, el Concesionario presentó al Concedente la Solicitud de Trato Directo N° 8 sobre la invalidez de la aplicación de la referida penalidad contractual.
59. El 6 de abril de 2016, mediante el Oficio N° 1222-2016-MTC/25, el Concedente objetó la viabilidad del resolver la controversia en vía de Trato Directo, manifestando que la aplicación de las penalidades por parte del Regulador no resulta arbitrable acorde a lo dispuesto en la cláusula 16.12 del Contrato, además que, según la cláusula 17.12 y siguientes del Contrato, la decisión del Regulador respecto a la aplicación de las penalidades tiene carácter definitivo y no está sujeto a reclamación alguna por el Concesionario. Acumulándose dicha pretensión al arbitraje iniciado con fecha 15 de marzo de 2016.

### **2.2.3. TERCERA PENALIDAD**

60. El 21 de enero de 2016, mediante el Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 62 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el periodo del 1 al 31 de octubre de 2015.**
61. El 2 febrero de 2016, mediante la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0192, Metro presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual de la penalidad impuesta a través del Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN, en el marco de la cláusula 17.14 del Contrato.

62. El 2 de marzo de 2016, mediante el Oficio del N° 074-16-GG-OSITRAN, OSITRAN declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta al haberse determinado que Metro no cumplió con su obligación de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico comprendida en el Plan de Desvío presentado a la MML, contraviniendo la cláusula 6.74 del Contrato, confirmando las 62 UITs.
63. El 15 de marzo de 2016, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0512, Metro presentó al Concedente la Solicitud de Trato Directo N° 9 sobre la invalidez de la aplicación de la referida penalidad contractual.
64. El 6 de abril de 2016, mediante el Oficio N° 1221-2016-MTC/25, el Concedente objetó la viabilidad del resolver la controversia en vía de Trato Directo, manifestando que la aplicación de las penalidades por parte del Regulador no resulta arbitrable acorde a lo dispuesto en la cláusula 16.12 del Contrato, además que, según la cláusula 17.12 y siguientes del Contrato, la decisión del Regulador respecto a la aplicación de las penalidades tiene carácter definitivo y no está sujeto a reclamación alguna por el Concesionario. Acumulándose dicha pretensión al arbitraje iniciado con fecha 15 de marzo de 2016.

#### **2.2.4. CUARTA PENALIDAD**

65. El 14 de marzo de 2016, mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 52 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el periodo del 1 al 26 de diciembre de 2015.**
66. El 1 abril de 2016, mediante la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0637, Metro presentó ante el Regulador la impugnación de naturaleza contractual de la penalidad impuesta por medio del Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, en el marco de la cláusula 17.14 del Contrato.
67. El 27 de abril de 2016, mediante el Oficio del N° 146-16-GG-OSITRAN, OSITRAN declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta al haberse determinado que Metro no cumplió con su obligación de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico comprendida en el Plan de Desvío presentado a la MML, contraviniendo la cláusula 6.74 del Contrato, confirmando las 52 UITs.
68. El 4 de mayo de 2016, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0889, Metro presentó al Concedente la Solicitud de Trato Directo N° 10 sobre la invalidez de la aplicación de la referida penalidad contractual.
69. El 26 de mayo de 2016, mediante el Oficio N° 2002-2016-MTC/25, el Concedente objetó la viabilidad del resolver la controversia en vía de Trato Directo, manifestando que la aplicación de las penalidades por parte del Regulador no resulta arbitrable acorde a lo dispuesto en la cláusula 16.12 del Contrato, además que, según la cláusula 17.12 y siguientes del Contrato, la decisión del Regulador respecto a la aplicación de las penalidades tiene carácter definitivo y no está sujeto a reclamación alguna por el

Concesionario. Acumulándose dicha pretensión al arbitraje iniciado con fecha 15 de marzo de 2016.

#### **2.2.5. QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA, OCTAVA PENALIDAD**

70. El 24 de junio de 2016, mediante el Oficio N° 291-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 130 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el siguiente periodo: (i) desde el 27 al 31 de diciembre de 2015; (ii) desde el 1 al 31 de enero de 2016 y; (iii) desde el 1 al 29 de febrero de 2016.**
71. El 27 de junio de 2016, mediante el Oficio N° 295-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 62 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el periodo del 1 al 31 de marzo de 2016.**
72. El 27 de junio de 2016, mediante el Oficio N° 296-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 60 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el periodo del 1 al 30 de abril de 2016.**
73. El 5 de julio de 2016, mediante el Oficio N° 311-2016-GSF-OSITRAN, la GSF-OSITRAN comunicó a Metro el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión del PV23, producto de las evaluaciones practicadas por CSIL2, y aplicó a Metro una penalidad contractual de 62 UITs por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. **La penalidad aplicada abarca el periodo del 1 al 31 de mayo de 2016.**
74. El 11 julio de 2016, mediante la Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-1388, Metro presentó ante OSITRAN la impugnación de naturaleza contractual de las penalidades impuestas por medio de los Oficios N° 291-2016-GSF-OSITRAN; 295-2016-GSF-OSITRAN; 296-2016-GSF-OSITRAN; y, 311-2016-GSF-OSITRAN, en el marco de la cláusula 17.14 del Contrato.
75. El 3 de agosto de 2016, mediante el Oficio del N° 243-16-GG-OSITRAN, OSITRAN declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por Metro al haberse determinado que Metro no cumplió con su obligación de mantenimiento de tránsito y desvío de tráfico comprendida en el Plan de Desvío presentado a la MML, contraviniendo la cláusula 6.74 del Contrato, confirmando las penalidades.
76. El 9 de agosto de 2016, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-1578, Metro presentó al Concedente la Solicitud de Trato Directo N° 13 sobre la invalidez de la aplicación de las referidas penalidades contractuales.

77. El 9 de setiembre de 2016, mediante el Oficio N° 3542-2016-MTC/25, el Concedente objetó la viabilidad del resolver la controversia en vía de Trato Directo, manifestando que la aplicación de las penalidades por parte del Regulador no resulta arbitrable acorde a lo dispuesto en la cláusula 16.12 del Contrato, además que, según la cláusula 17.12 y siguientes del Contrato, la decisión del Regulador respecto a la aplicación de las penalidades tiene carácter definitivo y no está sujeto a reclamación alguna por el Concesionario. Acumulándose dicha pretensión al arbitraje iniciado con fecha 15 de marzo de 2016.

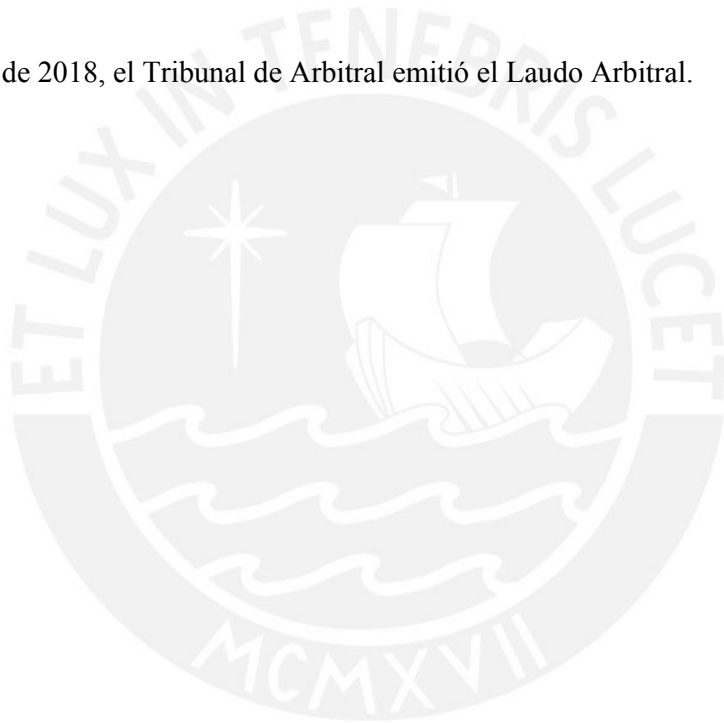
### **2.3. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL**

78. El 15 de marzo de 2016, Metro presentó el escrito de petición de arbitraje ante la Cámara de Comercio de Lima.
79. El 28 de marzo de 2016, el MTC emitió respuesta al escrito de petición de arbitraje.
80. El 19 de abril de 2016, Metro presentó el escrito de acumulación de la segunda y tercera penalidad.
81. El 2 de junio de 2016, Metro presentó el escrito de acumulación de la cuarta penalidad.
82. 28 de setiembre de 2016, Metro presentó el escrito de acumulación de la quinta, sexta, séptima y octava penalidad.
83. El 3 de noviembre de 2016, se instaló el Tribunal Arbitral.
84. El 13 de diciembre de 2016, Metro interpuso su demanda arbitral.
85. El 2 de febrero de 2017, OSITRAN solicitó intervenir en el proceso como Tercero Coadyuvante.
86. El 10 de febrero de 2017, el MTC presentó su contestación a la demanda y planteó una excepción de incompetencia.
87. El 1 de marzo de 2017, mediante Resolución N° 4, el Tribunal Arbitral resolvió incorporar a OSITRAN como Tercero Coadyuvante Voluntario del MTC, en base a lo dispuesto en el artículo 23.1 del Decreto Legislativo N° 1224 y el artículo 81.2 del Decreto Supremo 410-2015-EF que establecen la obligación del árbitro o Tribunal Arbitral de permitir la participación de los Organismos Reguladores<sup>10</sup>.
88. El 3 de marzo de 2016, Metro contestó la excepción de incompetencia propuesto por el MTC.
89. El 5 de marzo de 2017, OSITRAN presentó su escrito con sus argumentos en calidad de Tercero Coadyuvante.
90. El 20 de abril de 2017, se realizó la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral.

---

<sup>10</sup> Regulación que actualmente está prevista en el numeral 56.3 del Decreto Legislativo N° 1362 y el numeral 133.2 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

91. El 18 de mayo de 2017, se realizó la Audiencia de sustentación de Excepciones y declaración de Testigos.
92. El 26 de junio de 2017, se realizó la Audiencia Especial.
93. El 8 de setiembre de 2017, el MTC presentó sus alegatos finales.
94. El 11 de setiembre de 2017, OSITRAN y Metro presentaron sus alegatos finales.
95. El 17 de octubre de 2017, se realizó la Audiencia de Informes Orales.
96. El 20 de diciembre de 2017, mediante la Resolución N° 14, el Tribunal Arbitral declaró cerrada la instrucción del proceso y dispuso el plazo de treinta (30) días hábiles para emitir el laudo.
97. El 3 de enero de 2018, el Tribunal de Arbitral emitió el Laudo Arbitral.



### **PARTE III**

#### **3. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

98. A continuación, se identifica los problemas jurídicos principales y secundarios que serán abordados a lo largo del presente informe:
1. ¿Las penalidades impuestas por OSITRAN a Metro pueden ser arbitrables?
    - 1.1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las penalidades previstas en el Anexo N° 10 del Contrato?
    - 1.2. ¿La cláusula 17.14 del Contrato excluye que las controversias sobre las penalidades contractuales puedan ser resueltas por las Partes mediante los mecanismos de Solución de Controversias (arbitraje) pactados en el Contrato?
  2. ¿Corresponde la aplicación de las penalidades contractuales que OSITRAN impuso a Metro por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato?
    - 2.1. ¿OSITRAN ha supervisado de forma correcta el cumplimiento de las obligaciones de Metro?
    - 2.2. ¿La intimación en mora a Metro es un requisito previo para la aplicación de las penalidades contractuales?
    - 2.3. ¿Los hurtos de las señalizaciones horizontales y verticales, así como la falta de control que tiene Metro sobre la disponibilidad de los policías son causas de exoneración de responsabilidad?
  3. ¿Es factible modificar las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN?
    - 3.1. ¿Se verifican los supuestos habilitantes para reducir las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN?
    - 3.2. ¿Los plazos para notificar el incumplimiento y el criterio de agrupación de las penalidades por parte de OSITRAN constituyen otro criterio para reducir las penalidades?

## PARTE IV

### 4. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

99. En las siguientes líneas analizaremos los problemas jurídicos identificados en el punto anterior para lo cual seguiremos la siguiente estructura:

- a. Como Análisis se subsumen los hechos con los aspectos jurídicos relacionados con el problema jurídico específico, para lo cual, se emplean, entre otros, las normas jurídicas vigentes al momento del caso y/o las normas jurídicas emitidas hasta la fecha.
- b. Como Conclusión se consigna la respuesta que proponemos al problema jurídico específico.

#### 4.1. ¿LAS PENALIDADES IMPUESTAS POR OSITRAN A METRO PUEDEN SER ARBITRABLES?

100. El primer problema jurídico principal consiste en determinar si las penalidades aplicadas por OSITRAN pueden ser objeto de arbitraje. Se analizará si, en base al marco normativo y contractual, Metro podía iniciar un arbitraje de derecho para resolver las controversias relacionadas a la aplicación de las penalidades contractuales producto del incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato.

##### 4.1.1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las penalidades previstas en el Anexo N° 10 del Contrato?

101. El presente problema jurídico consiste en determinar la naturaleza civil/contractual o administrativa (Régimen Administrativo Sancionador) de las penalidades impuestas por la GSF-OSITRAN por el incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato.

##### 4.1.1.1. Análisis

102. Metro en la demanda sostuvo que, acorde a la cláusula 17.12 del Contrato y el artículo 3<sup>11</sup> del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS), aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN<sup>12</sup>, las penalidades tienen naturaleza contractual, por tanto, son arbitrables.

Metro manifestó que debe diferenciarse el régimen de penalidades de una sanción administrativa. El régimen de penalidades tiene un origen contractual o consensuado entre las partes de un contrato, mientras que la potestad sancionadora - facultad de las entidades administrativas para determinar infracciones y aplicar sanciones - depende únicamente de la ley. Asimismo, Metro señaló que el procedimiento para la aplicación de las penalidades se puede establecer en el contrato, mientras que en el caso de las multas y/o sanciones administrativas se debe seguir con el procedimiento estipulado en la Ley.

<sup>11</sup> El artículo 3° dispone: “Penalidad: Estipulación o cláusula contractual por la que las partes acuerdan limitar anticipadamente el resarcimiento por el incumplimiento de una obligación y que tiene naturaleza civil”.

<sup>12</sup> Reglamento vigente al momento de ocurrido los hechos. Fue derogado por la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN. “Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN” (RIIS). Lima, 4 de abril de 2018

103. El MTC en la contestación a la demanda arbitral interpuso una excepción de incompetencia sustentado en lo siguiente: (i) no es posible arbitrar las penalidades impuestas por OSITRAN puesto que las penalidades no tienen naturaleza contractual; y, (ii) las penalidades se materializan a través de actos administrativos que producen efectos contractuales, siendo una materia no disponible y, por tanto, no arbitrable.
104. En esa misma línea, OSITRAN manifestó que: (i) las penalidades no son de naturaleza civil porque fue OSITRAN quien la impuso y no es parte del Contrato, por tanto, las penalidades han sido impuestas en el marco de su potestad sancionadora; y, (ii) las penalidades se materializan a través de actos administrativos que producen efectos contractuales.
105. El problema versa sobre la naturaleza de las penalidades. La penalidad es una figura jurídica que surge en el derecho civil<sup>13</sup> como un mecanismo por medio del cual las partes de un contrato establecen, de forma anticipada, las consecuencias de su incumplimiento, parcial o total, o del retraso de la ejecución de las obligaciones asumidas. Por lo general, la penalidad implica el pago de un monto dinerario, sin embargo, nuestro ordenamiento no lo reduce necesariamente a ello.
106. Así pues, la cláusula penal es un acuerdo de los contratantes por medio del cual se refuerza el cumplimiento de las obligaciones provenientes de un contrato, desincentivando la inejecución de las obligaciones o su cumplimiento defectuoso o parcial y fomentando, por el contrario, el comportamiento leal y diligente. En virtud de una cláusula penal, se anticipan los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo de uno de los contratantes, de modo que el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin necesidad de tener que probar la existencia del daño ni su cuantía.
107. En esa línea, la legislación no sólo regula el uso de la cláusula penal para los supuestos de incumplimiento total de la obligación - artículo 1341° del Código Civil (en adelante “CC”)-, sino también para convenir los daños y perjuicios en caso de mora o de incumplimiento de un pacto determinado (artículo 1342° del CC). Respecto a la estipulación de cláusulas penales en casos de mora o de seguridad de un pacto determinado, si el deudor incurre en mora o incumple una determinada obligación, el acreedor tiene derecho a exigir tanto la penalidad pactada como el cumplimiento de la obligación
108. En ese contexto, resulta relevante distinguir entre las penalidades contractuales y sanciones administrativas. Las penalidades tienen como causa el pacto contractual y su aplicación queda sujeta a dicho título. Las sanciones administrativas tienen por fuente una potestad cuya aplicación, en el caso concreto, está reglada por el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)<sup>14</sup> de OSITRAN. La penalidad está sujeta a un régimen de tipo contractual. La sanción administrativa tiene una naturaleza punitiva y su finalidad es desincentivar la comisión de determinada conducta indeseable conforme al marco

---

<sup>13</sup> El artículo 1341° del CC define a la penalidad en los siguientes términos: “*El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores*”.

<sup>14</sup> Hoy vigente el “Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN” (RIIS).



normativo aplicable, donde el Estado vela por mantener el orden legal y el Estado de Derecho.

109. Tal como señala Danós, la potestad sancionadora se encuentra sujeta – sin ser limitativo - a los principios de legalidad y de tipicidad. Estos principios están establecidos en la Ley N° 27444 “Ley de Procedimiento Administrativo General” (LPAG)<sup>15</sup>. Según el principio de legalidad, las infracciones administrativas que dan lugar a sanciones se establecen a través de normas con rango de ley, salvo que mediante una norma del mismo rango se permita la tipificación en vía reglamentaria, con lo cual es claro que la potestad sancionadora de la administración (y, por tanto, de OSITRAN) no puede ser objeto de negociación entre el Concedente y Concesionario, pues es una facultad indisponible e irrenunciable por parte de la Administración (1995: 152-153).
110. Según el principio de tipicidad, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley o normas reglamentarias mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. En el caso de las sanciones que impone OSITRAN, la tipificación se encuentra establecida en el RIS.
111. De la revisión de las características y particularidades de las penalidades y de los regímenes de infracciones y sanciones podemos identificar una serie de diferencias que detallamos en el siguiente cuadro (Borda, César Augusto y otros 2016: 9, tabla 1)

**Tabla 1. Diferencias entre régimen de penalidades y régimen administrativo sancionador**

	<b>Régimen de penalidades</b>	<b>Régimen administrativo sancionador</b>
1	Tiene origen contractual o consensuado entre las partes.	Tiene origen legal en la atribución inherente del Estado para castigar.
2	Cumple la función de determinar, con anterioridad, la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder por el daño generado ante un incumplimiento del contrato.	Cumple la función de castigar a los particulares por la comisión de una conducta no deseada o repudiada por el ordenamiento jurídico.
3	Al tener origen en la voluntad de las partes, se puede establecer un procedimiento contractual para su aplicación.	Sigue procedimientos y pasos previstos en la ley para su aplicación.
4	Los conflictos generados a causa de la aplicación de penalidades son susceptibles de ser sometidos a los mecanismos de solución de controversias previstos en el propio contrato.	En el caso de las sanciones impuestas por las entidades públicas o por la comisión de infracciones administrativas, estas pueden ser impugnadas, primero, ante la propia entidad que las impuso y, luego, en el Poder Judicial, mediante un proceso contencioso administrativo.
5	El monto de la penalidad resulta de cuantificar el daño que causaría, a la colectividad usuaria de una infraestructura de uso público, el incumplimiento del concesionario.	La infracción administrativa busca castigar una conducta no deseada por el Estado.

Elaboración propia.

112. En ese sentido, por su naturaleza, las infracciones y sanciones administrativas son en esencia distintas, ya que a diferencia de las penalidades que buscan garantizar el cumplimiento de una obligación para un caso concreto (una concesión en particular), la

<sup>15</sup> La norma vigente es el *Decreto Supremo N° 004-2019-JUS*. “Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima, 25 de enero de 2019.

infracción y sanción tienen una vocación *erga omnes* en el entendido de querer proteger un orden general dentro del ordenamiento jurídico.

113. Luego de revisar, desde una perspectiva teórica, el régimen de penalidades y el régimen administrativo sancionador, consideramos pertinente examinar el régimen de penalidades propio del Contrato. La Sección XVIII del Contrato contempla el régimen de incumplimiento contractual en las cláusulas 17.12 y 17.13 que establecen lo siguiente:

**“Penalidades Contractuales**

(...)

- 17.12. *El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las **penalidades contractuales** establecidas en el Contrato (...).*
- 17.13. *En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las **obligaciones indicadas en el Contrato**, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e **indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10**” [el subrayado es mío].*
114. La naturaleza civil de las penalidades también se ve reflejada en el artículo 3° del RIS<sup>16</sup>, mencionado en el segundo párrafo del numeral 17.1 de la cláusula Décimo Séptima del Contrato<sup>17</sup>.
115. Asimismo, la naturaleza contractual de las penalidades se ve reflejada en la Directiva para la aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 050-2016-CD-OSITRAN<sup>18</sup> (en adelante la “**Directiva**”).
116. En la exposición de motivos de la Directiva, OSITRAN manifestó que las penalidades tienen **naturaleza contractual**, dado que el origen de las penalidades se encuentra en la voluntad de las Partes (origen convencional). Asimismo, OSITRAN manifestó que si bien los Contratos de Concesión regulan intereses de carácter público, aplica supletoriamente el Código Civil, por lo que la aplicación de penalidades deben ser revisados en base a ese marco normativo.
117. Por su parte, el Expediente N° 00020-2014-0-1817-SP-C0-02 de la Sala Comercial de Lima, relativo a una controversia suscitada entre OSITRAN (en calidad de demandante) y Aeropuertos del Perú (en calidad de demandado), estableció que las penalidades del Contrato de Concesión son de naturaleza contractual<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> "Artículo 3.- Definiciones. - entiéndase por: (...) Penalidad: Estipulación o cláusula contractual por la que las partes acuerdan limitar anticipadamente el resarcimiento por el incumplimiento de una obligación y que **tiene naturaleza civil**" [el subrayado es mío].

<sup>17</sup> Cláusula 17.1 “(...) El CONCESIONARIO deberá prestar toda su colaboración para facilitar el cumplimiento de esas funciones, caso contrario será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del Regulador, aprobado mediante **Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN**, o la norma que lo complementa, modifique o sustituya” [el subrayado es mío].

<sup>18</sup> Reglamento no vigente a la fecha de ocurridos los hechos del caso.

<sup>19</sup> "CUARTO: Conforme se ha apreciado de la enunciación de las cláusulas contractuales aplicables al caso en concreto por la propia denominación de la naturaleza de las penalidades que fueron impuestas a la parte demandada, y concesionaria del contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, según la cláusula 8.10.1, estas **son de naturaleza contractual**, por

118. En este punto, manifestar que OSITRAN respecto de los contratos de concesión de infraestructura de transporte de uso público suscritos por el Estado peruano - casos de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo S.A., el caso de la Concesionaria Vial del Sol S.A. y el caso de Transportadora Callao S.A. - reconoció la naturaleza contractual de las penalidades (Borda, César Augusto y otros 2016: 20-44).
119. Si bien OSITRAN reconoció que la naturaleza de las penalidades es contractual, también, manifestó, conjuntamente con el MTC, que, de conformidad con lo dispuesto artículo 7° de la Ley N° 26917<sup>20</sup>, el pronunciamiento emitido por OSITRAN para determinar y aplicar las penalidades contractuales se plasma en un acto administrativo que despliega efectos contractuales (acto de ejecución del mecanismo contractual de penalidades).
120. OSITRAN se amparó, asimismo, en el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM “Reglamento General de OSITRAN” (en adelante “**REGO**”) que establece que OSITRAN ejerce - entre otras- las funciones de supervisión. En base a ambas normas OSITRAN manifestó que se le reconoce la atribución para emitir los actos administrativos determinando y aplicando las penalidades, conforme a lo pactado en los respectivos contratos de concesión y que, son los alcances y atribuciones de esta función conferida a OSITRAN, los que lo habilitan a emitir los actos administrativos con efectos contractuales.
121. Al respecto, manifestar que el artículo 7° de la Ley N° 26917 confiere expresamente a OSITRAN la función de supervisar (control posterior) los Contratos, facultándolo a *cobrar* las penalidades que los concesionarios deben pagar conforme a lo establecido en dichos Contratos. De los literales a) e i) del artículo 7.1° de la Ley N° 26917 no se desprende que OSITRAN cuente con la función de actuar como organismo competente para aplicar penalidades ni para conocer y resolver la impugnación de penalidades, sino únicamente a proceder con el cobro de penalidades. En el caso concreto, la habilitación para aplicar, conocer y resolver la impugnación de penalidades se encuentra previsto en las cláusulas 17.12, 17.13 y 17.14 del Contrato.
122. Si bien se coincide con la opinión de que cada acto que OSITRAN emite en ejercicio de sus funciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - Ley N° 29158 son actuaciones administrativas que se realiza en ejercicio del *ius imperium* del Estado. Ello es así, solo en la medida en que la determinada actuación se encuentre encuadrada dentro de lo que el marco normativo del OSITRAN contempla como “*función o atribución*” propia del regulador.

---

*tanto si bien es cierto fueron fijadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), esta atribución es consecuencia de lo pactado por las partes, que no mengua la esencia contractual y el carácter patrimonial de la controversia, conclusión que es compartida por la parte demandante, como es de verse del Informe N° 002-12-GS-GAL-OSITRAN de fecha 28 de diciembre de 2012 (...)” [el subrayado es mío].*

<sup>20</sup> “Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito. (...) i) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la Ley, los contratos de concesión respectivos (...)” [el subrayado es mío].

123. En ese contexto, resultando indispensable diferenciar un eventual acto administrativo de un acto emitido por un organismo administrativo en la vía contractual (derecho privado), siendo que son cuestiones que se contraponen la una a la otra.
124. Así pues, “no todos los actos de la Administración (entiéndase, los actos realizados por OSITRAN) son el resultado del ejercicio de prerrogativas derivadas del *imperium* del Estado que, por supuesto, no puede considerarse como materia de libre disposición” (Castillo y Sabroso 2011: 79). Por el contrario, “muchas de sus actividades son consideradas como *iure gestionis*” (Castillo y Sabroso 2011: 79). Éstas últimas son aquéllas en las cuales el Estado actúa como agente económico (en las relaciones contractuales) es decir, como una parte dentro de un contrato, en igualdad de condiciones. Supuesto aplicable a la mayoría de Contratos de Concesión, Asociaciones Público Privadas y otros similares.
125. En la misma línea, Gaspar precisa que la Administración Pública, además de actuar conforme al Derecho Administrativo, también puede hacerlo con sujeción al Derecho Privado, renunciando a sus prerrogativas de Derecho Público. Ello tiene lugar cuando interviene en el tráfico civil o mercantil. En este tipo de relaciones, la Administración, en cuanto sujeto de Derecho Privado, bien podría someter los conflictos suscitados con otros sujetos —también de Derecho Privado— al arbitraje (1998: 262-263).
126. Por tanto, si bien OSITRAN es una entidad administrativa, no todo acto que provenga de dicho órgano puede ser considerado un acto administrativo, dado que una actuación pública en tanto acto administrativo, está enmarcada en los preceptos del derecho público o (lo que vendría a ser lo mismo) haber sido realizada en ejercicio de la función administrativa que la ley le otorga. Cuando el acto provenga de un marco legal específico distinto del derecho público, dejamos de calificarlo como acto administrativo, dado que en ese caso la entidad no ha actuado como ente administrativo sino como parte de una relación jurídica específica en igualdad de condiciones que el particular.
127. En ese contexto, como menciona Morón, la actuación pública que califica como acto administrativo ha de estar sujeto al derecho público (en ejercicio de la función administrativa) y no se debe calificar el acto por el órgano que es su actor, sino por la potestad pública que a través de ella se ejerce. Esta exigencia excluye la posibilidad de calificar como acto administrativo las actuaciones de las entidades que se sujetan al derecho común, despojándose de sus potestades públicas como por ejemplo cuando se somete a arbitraje para definir las controversias que pudiera suscitar su actuación (2001: 245).
128. La función de imposición de las penalidades ha sido otorgada a OSITRAN por las partes bajo el marco de un Contrato (expresión de la voluntad de las partes) previsto en las cláusulas 17.12, 17.13 y 17.14. Por tal motivo, ninguna de dichas facultades corresponde a las funciones y atribuciones de OSITRAN. Por el contrario, los actos derivados en virtud de un Contrato, serán considerados como expresiones del “*ius gestionis*”.
129. De esta manera, en la medida que las penalidades contractuales que son impuestas por OSITRAN nazcan de lo pactado en un contrato, es evidente que el Regulador debe ser tratado como agente económico y no como entidad administrativa. Por lo que, la imposición de la penalidad contractual no puede calificarse como un acto administrativo,

toda vez que, en el Contrato, la función de imposición de las penalidades ha sido otorgada a OSITRAN por las partes bajo el marco de un contrato y no virtud de un mandato legal.

130. En ese sentido, la aplicación de las penalidades contractuales por OSITRAN, que tiene efecto vinculante para el MTC y Metro, no son actos dictados en el ejercicio de sus atribuciones legales, sino decisiones de naturaleza estrictamente contractual. La tipificación, imposición y procedimiento de imposición y confirmación de las mismas no tienen su origen en el ejercicio de una función o atribución de OSITRAN sino en la voluntad de las partes - Contrato -.

#### *4.1.1.2. Conclusión*

131. Las penalidades impuestas por OSITRAN son de naturaleza civil/contractual. La naturaleza civil de las penalidades lo acredita el contrato (cláusula 17.12 que señala que el Regulador se encuentra facultado a aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato, o la propia cláusula 17.11 que diferencia las sanciones que pueda emitir el Regulador al Concesionario de las penalidades contractuales) y el RIS (artículo 3°). Asimismo, es reconocido por OSITRAN y la Sala Segunda Sala Sub Especialidad Comercial. La naturaleza civil y patrimonial de las penalidades trae como consecuencia la arbitrabilidad de la misma

#### **4.1.2. ¿La cláusula 17.14 del Contrato excluye que las controversias sobre las penalidades contractuales puedan ser resueltas por las Partes mediante los mecanismos de Solución de Controversias (arbitraje) pactados en el Contrato?**

132. El presente problema jurídico radica en determinar si las Partes renunciaron a la jurisdicción (sea judicial o arbitral) para resolver las controversias vinculadas a la imposición de las penalidades que conforme se detalló en el numeral 4.1.1 tiene naturaleza contractual/civil.

#### *4.1.2.1. Análisis*

133. Mediante escrito de contestación, MTC interpuso una excepción de incompetencia sustentado en lo siguiente: (i) la cláusula 17.14 del Contrato establece que las penalidades se podrán impugnar ante OSITRAN y el pronunciamiento que resuelve la impugnación "*tendrá carácter de definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por el concesionario*"; y, (ii) su interpretación ha sido reconocida en el Caso Arbitral N° 2979-2014-CCL (APM Terminals S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones).
134. Mediante su escrito presentado como Tercero coadyuvante, OSITRAN manifestó que, de acuerdo con la cláusula 17.14 del Contrato, el pronunciamiento respecto a la impugnación tendrá carácter definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna. OSITRAN sostiene que la vía para cuestionar la penalidad es la impugnación que se produce en la vía administrativa y resuelta la impugnación no cabe reclamo alguno.
135. Mediante escrito que contesta la excepción de incompetencia, Metro manifestó que: (i) la interpretación del MTC es inconstitucional puesto que el derecho de acción es irrenunciable y el pacto no puede limitarlo; (ii) el caso de APM Terminal no es vinculante; y, (iii) la cláusula 7.14 debe interpretarse conforme a la Constitución.

136. La cláusula 17.14 del Contrato establece lo siguiente:

“Penalidades Contractuales

17.14. *El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el Regulador, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación. (...).*

**La decisión del Regulador tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO**” [el subrayado es mío].

137. Corresponde analizar si lo indicado en la citada cláusula, debe ser entendido: (i) como una renuncia absoluta a acudir a una vía jurisdiccional; y, (ii) si ello no fuera así ¿debe ser solo considerado como una renuncia a acudir al mecanismo de Solución de Controversias previsto en el Contrato (vale decir al arbitraje) en la medida que ella tiene un origen netamente convencional, contractual o voluntario?
138. Respecto a la primera interrogante manifestar que el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución señala que: “*son principios y derechos de la función jurisdiccional (...). 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”.
139. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (y dentro de ello el derecho a poder acudir a un tribunal jurisdiccional independiente e imparcial sea en la vía judicial o arbitral), supone un principio y pilar básico del ordenamiento jurídico nacional consagrado no solo en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución, sino además en el numeral 1 del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos de la cual el Perú es parte.
140. En ese contexto, el concepto de reclamación administrativa no debe confundirse con el ejercicio del derecho de acción, cuya vía es judicial o arbitral. Para que proceda una reclamación administrativa deben cumplirse con los requisitos impuestos por la LPAG. No obstante, en el presente caso no se está discutiendo aquello. El hecho de que no proceda una reclamación administrativa no significa que el Concesionario no pueda plantear sus pretensiones por la vía arbitral o judicial.
141. Una interpretación que implique aceptar una renuncia anticipada al derecho de acción, conlleva a admitir que las Partes puedan pactar de manera antelada la renuncia a su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual sería inconstitucional, y acarrearía la nulidad del Contrato, al menos en esa parte. Es decir, si se adopta esta tesis, el Concesionario habría renunciado a su derecho de acción como manifestación del Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y no podría controvertir penalidades en ninguna sede jurisdiccional. Dicha interpretación es inconstitucional.
142. Asimismo, la tesis del MTC y OSITRAN es irrazonable, ya que colocaría a OSITRAN como juez y parte, con decisiones irreversibles en ningún fuero. Visto de otra forma, OSITRAN no tendría incentivos para ser diligente al momento de la imposición de penalidades, ya que sus decisiones serían irreversibles y no hay un ente que juzgue la calidad de sus decisiones. Su rol regulador evidentemente no es jurisdiccional
143. Con relación a la segunda interrogante, manifestar que, con relación con el argumento de que la vía para poder reclamar la decisión del Regulador es la vía del contencioso

administrativo, advertir que esa conclusión supone previamente un ejercicio de interpretación de la cláusula contractual y la normativa legal al respecto. La cláusula 17.14 es genérica cuando expresa que la decisión del Regulador en relación con la aplicación de las penalidades tendrá *"carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del Concesionario"*. Sin embargo, ya hemos advertido que una interpretación literal y tajante no resiste un análisis de constitucionalidad y menos de convencionalidad.

144. Ahora bien, el inciso 1 del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante la **"Ley de Arbitraje"**), establece que *"pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen"*. En su artículo 4°, dispone que son arbitrables las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano celebre con nacionales o extranjeros, domiciliados o no en el país.
145. Así pues, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. El primero, delimitar las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje (arbitrabilidad objetiva), regulado en el inciso 1 artículo 2° de la Ley de Arbitraje. Segundo, verificar si existe identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte del acuerdo arbitral (arbitrabilidad subjetiva), respecto a ello, el artículo 14° de la Ley de Arbitraje adopta un esquema más flexible.
146. Acertadamente, la Ley de Arbitraje distingue entre aquellas materias "tradicionalmente" arbitrables, por ser de libre disposición, y las que lo son por habilitación legal (arbitrabilidad objetiva). Este último es, justamente, el caso de los contratos de concesión. En esa línea, el artículo 9° del Decreto Legislativo 1012<sup>21</sup> y el artículo 23° Decreto Legislativo N° 1224<sup>22</sup> disponen que, en el caso de los contratos de Asociación Público Privada, el arbitraje es obligatorio.<sup>23</sup>
147. De la misma, el artículo 4°, inciso 5, del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, precisa que son impugnables en la vía contencioso-administrativa, las *"actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia"*.
148. Del marco legal aplicable a las controversias derivadas de un contrato de concesión no circunscribe la materia arbitrable únicamente a la "disponibilidad", sino a la existencia

---

<sup>21</sup> Decreto Legislativo que aprueba la "Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de Promoción de la Inversión Privada".

<sup>22</sup> Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyecto de Activos,

<sup>23</sup> Ambos Decretos Legislativos vigentes al momento de ocurridos los hechos. Ésta regulación es recogida también en el actual Decreto Legislativo N° 1362, el cual dispone la obligatoriedad del arbitraje en su artículo 56 que a continuación detallamos:

*"56.1 Los contratos de Asociación Público Privada **incluyen una cláusula referida a la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias**. Los laudos arbitrales se publican en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto"*.

también de una habilitación legal (arbitrabilidad objetiva). Habilidad que podría estar contenida en la ley, un tratado o convenio internacional, como reconoce el artículo 63° de la Constitución y la Ley de Arbitraje.

149. Si bien en el Contrato las Partes han pactado el arbitraje como mecanismo de Solución de Controversias para los conflictos derivados de la relación contractual, resulta que ese pacto no obedece sólo a la libre voluntad de las partes, sino que es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9° del Decreto Legislativo N° 1012. Consecuentemente la vía arbitral que se estableció en el Contrato no deriva solo de la libre voluntad de las Partes, sino, fundamentalmente de la disposición legal que obligaba a considerarla como tal (arbitrabilidad objetiva).
150. Merece entonces analizar si los acuerdos relativos al arbitraje que están previstos en el Contrato y que dan contenido al convenio arbitral, excluyen o no la arbitrabilidad de las decisiones adoptadas por OSITRAN en relación con la aplicación de penalidades. Para ello es necesario revisar la cláusula 16.2 (invocada por el MTC como por OSITRAN):

*“16.2 La presente Sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión, **con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917.***

*16.3 De conformidad con el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán por el trato directo y en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato (...)*

*Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, las Partes reconocen que la impugnación de las decisiones del Regulador u otras entidades públicas en el ejercicio de sus **competencias administrativas atribuidas por norma expresa**, deberá sujetarse a las Leyes y Disposiciones Aplicables” [el subrayado es mío]*

151. Nótese que, si bien en la cláusula 16.2 existe una excepción clara a la arbitrabilidad de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917, la cláusula siguiente contextualiza ello en la medida que se trate de decisiones emitidas por el Regulador en el ejercicio de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa.
152. La cláusula 16.2 establece que la sección relativa a la Solución de Controversias no incluye aquellas derivadas de los actos administrativos que emite el Regulador en ejecución de sus funciones. Dicha estipulación contractual no impide el planteamiento de la presente controversia en la vía arbitral, dado que, como ya se ha mencionado, esta controversia no es de índole administrativa (cuya solución judicial final se tramitaría con una acción contencioso administrativa), sino más bien de carácter civil, derivada de la aplicación de penalidades contractuales.



153. Así pues, en el arbitraje no se somete las facultades de regulación, supervisión fiscalización o sanción que ostenta OSITRAN, ya que éstas no son de libre disposición. Lo que está en discusión no es una decisión administrativa de OSITRAN, sino un acto contractual cuyo sustento habilitante es una cláusula contractual. Más aún cuando la cláusula 16.2 no ha limitado ni excluido el alcance del convenio arbitral a la aplicación de penalidades contractuales.
154. Por tanto, una la lectura correcta y coherente de la citada cláusula llega a concluir que las Partes únicamente establecieron que la imposibilidad de reclamación que en ella se consagra, debe ser interpretada solo al interior del propio OSITRAN y en su caso ante el propio MTC en su calidad de Concedente. No siendo posible llegar a una conclusión según la cual las Partes hayan establecido un tipo de procedimiento distinto al procedimiento de Solución de Controversias (arbitraje), con el objetivo de resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual.
155. En ese sentido, no es posible afirmar que las partes hayan decidido excluir la vía arbitral para resolver las controversias relativas a las penalidades, cuando las penalidades son impuestas en virtud del contrato y porque el mecanismo de Solución de Controversia previsto en el Contrato obedece a un mandato legal y no se ha excluido del alcance del convenio arbitral a la aplicación de penalidades. Ello es reforzado por el pronunciamiento de la Sala Segunda Sala Sub Especialidad Comercial de Lima, así como en la Resolución N° 4 del Caso Arbitral N° 0064-2017-CCL<sup>24</sup>.

#### *4.1.2.2. Conclusión*

156. Por las razones expuestas, se concluye que la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión no excluye al arbitraje como el mecanismo para resolver las controversias vinculadas a las penalidades contractuales impuesta por OSITRAN.

#### **4.1.3. Conclusión del primer problema jurídico principal**

157. Por las razones expuestas, manifestar que: (i) las penalidades contractuales establecidas por OSITRAN tienen naturaleza civil; y, (ii) la cláusula 17.14 del Contrato de Concesión no excluye al arbitraje como el mecanismo para cuestionar una penalidad contractual impuesta por OSITRAN. Por lo que, la vía arbitral es la vía idónea para resolver las controversias vinculadas a la imposición de penalidades.

#### **4.2. ¿CORRESPONDE LA APLICACIÓN DE LAS PENALIDADES CONTRACTUALES QUE OSITRAN IMPUSO A METRO POR INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA 6.74 DEL CONTRATO?**

158. El presente problema jurídico radica en determinar si corresponde o no la aplicación de las penalidades contractuales que se impusieron a Metro por el incumplimiento de la obligación prevista en la cláusula 6.74 del Contrato referido al Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico al verificarse la concurrencias de los siguientes elementos: (i) incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato; (ii) constitución en mora, de ser necesario o indispensable según el Contrato; e, (iii) incumplimiento imputable a Metro.

---

<sup>24</sup> Es un caso arbitral que trata sobre penalidades contractuales en la cual las Partes son las mismas (MTC, OSITRAN y Metro) y versa sobre el mismo Contrato de Concesión.

#### 4.2.1. ¿OSITRAN ha supervisado de forma correcta el cumplimiento de las obligaciones de Metro?

159. El presente problema jurídico radica en determinar si OSITRAN ha supervisado el cumplimiento de las obligaciones de Metro de forma correcta, es decir, si ha supervisado a Metro sobre la base de planos de señalizaciones vigentes y aprobados por la MML en las Resoluciones de Subgerencia y el plano aprobado por el Concedente en el EDI del PV23.

##### 4.2.1.1. Análisis

160. Metro en su demanda sostuvo lo siguiente: (i) el Micro desvío tiene naturaleza dinámica, pudiéndose adaptarse a los requerimientos de Obra; (ii) OSITRAN y el Supervisor conocían de la naturaleza dinámica; y, (iii) la suscripción del Acta N° CJV-ARP-00007-15 en la que se dejó constancia de que se actualizaría los planos y se estableció un procedimiento de comunicación de actualización de Planos del Micro desvío.
161. Mediante el escrito de contestación, MTC manifestó que la MML es la autoridad competente para evaluar y emitir pronunciamiento con relación a la actualización de los planos de Micro Desvío y Plan de Desvío.
162. Mediante escrito presentado como Tercero Coadyuvante y la Audiencia de Informes Orales, OSITRAN aceptó que la autoridad competente para autorizar y modificar los Planes de Desvío es la GTU, a través del SIT, de la MML.
163. Acorde con el artículo 194° de la Constitución<sup>25</sup>, concordante con el Artículo II<sup>26</sup> del Título Preliminar de la Ley N° 27972 -Ley Orgánica de Municipalidades-, las municipalidades provinciales y distritales son órganos de gobierno local, con autonomía política, económica y administrativa en materias de su competencia.
164. El artículo 104° del Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) de la MML, aprobado por la Ordenanza N° 812-MML<sup>27</sup> y sus modificatorias, preceptúa que: "**La Subgerencia de Ingeniería del Tránsito es la unidad orgánica responsable del mantenimiento y señalización de las vías y del funcionamiento del sistema de semáforos en el ámbito de la provincia de Lima, así como de autorizar, supervisar y fiscalizar la interferencia en la vía pública**" [el subrayado es mío].

<sup>25</sup> "Artículo 194.- Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. **Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.** (...)" [el subrayado es mío].

<sup>26</sup> "Artículo II.- Autonomía. Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico" [el subrayado es mío].

<sup>27</sup> Ordenanza vigente en la fecha de ocurridos los hechos del Caso. Mediante la Ordenanza N° 2208-MML, de fecha 20 de diciembre de 2019, se derogó la Ordenanza N° 812-MML y se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de la MML. En su artículo 100 dispone que "**La Subgerencia de Ingeniería de Tránsito es la unidad orgánica responsable del mantenimiento y señalización de las vías y del funcionamiento de sistemas semafóricos en el ámbito de la provincia de Lima, así como de autorizar, supervisar y fiscalizar la interferencia en la vía pública.** Está a cargo de un Subgerente, quién depende del Gerente de Movilidad Urbana." [el subrayado es mío].

165. La Ordenanza N° 1680-MML, "Ordenanza Reglamentaria de la Interferencia de Vías en la provincia de Lima", regula el régimen legal aplicable a la interferencia de vías públicas en Lima Metropolitana. En su numeral 3 del artículo 4° señala que la *"Autorización es el título habilitante por el cual se autoriza temporalmente la interferencia del tránsito de vías por ejecución de obras en la vía pública (...)"*
166. Conforme a la Ley N° 27972 y el artículo 104° del ROF, la autoridad competente para autorizar y, con ello modificar, cualquier variación de la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT es la MML.
167. De la revisión de la Resolución N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT no consta que se haya utilizado el término micro desvíos y tampoco que el Plan de Desvío tenga carácter dinámico y que pueda ser modificado por Metro de forma unilateral de acuerdo a los requerimientos de Obra sin comunicar a la MML. El Procedimiento de Comunicación de Actualizaciones de Planos de Micro desvío, reflejado en el Acta N°: CJV-ARP-00007-15, debe entenderse como un pronunciamiento para comunicar al MTC, OSITRAN y al Supervisor (CSIL2) las modificaciones que la MML hubiera aprobado previamente a la MML.
168. Así pues, de los hechos se puede verificar que Metro no ha solicitado a la MML la modificación de los planos de desvío. Las modificaciones han sido comunicadas internamente entre Concesionario, AATE y Supervisor. Metro no presentó documentación que demuestre que la MML haya aprobado el cambio. Reflejándose tales modificaciones solo como una modificación unilateral que no surte efectos ni es oponible a las Partes. Por lo que, los planos vigentes y sobre los cuales debe fiscalizar la Supervisión son los dispuestos en la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT.
169. En ese sentido, manifestar que el Supervisor ha fiscalizado en base a los planos vigentes aprobados mediante en la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT y el Plano aprobado por el MTC en el EDI del PV23 (que son exactamente iguales), los cuales no han sido modificados por la MML. Corroborándose que los informes emitidos por CSIL2, que sirven de base a OSITRAN para verificar el incumplimiento de Metro, han tenido como insumo documentación correcta y vigente.

#### 4.2.1.2. Conclusión

170. Se concluye que OSITRAN ha supervisado el cumplimiento de las obligaciones de Metro en base a los informes de CSIL2 que utilizan como insumo los planos de señalización vigente y aprobada por la MML en la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, verificándose, en base a referidos informes, que Metro incumplió con el Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico en el Área de la Concesión del PV23.

#### **4.2.2. ¿La intimación en mora a Metro es un requisito previo para la aplicación de las penalidades contractuales?**

171. El presente problema jurídico radica en determinar si la intimación en mora a Metro es requisito previo para aplicar la penalidad contractual establecida en el Anexo N° 10 del Contrato. Para lo cual se revisará la institución jurídica de la intimación en mora y las cláusulas del Contrato.

#### 4.2.2.1. Análisis

172. Metro en su demanda sostuvo que: (i) el Regulador le impuso la penalidad sin intimarlo ni constituirlo previamente en mora y sin darle la posibilidad de cumplir con lo dispuesto en la cláusula 15.31, vulnerando su derecho de subsanar la supuesta situación de incumplimiento; y, (ii) resulta perfectamente aplicable de manera supletoria el artículo 1333° del CC<sup>28</sup>.
173. El Concedente y OSITRAN manifiestan que no es necesario intimar en mora, dado que en el Contrato las Partes pactaron la aplicación inmediata de las penalidades en caso de evidenciar el incumplimiento.
174. En este contexto, resulta pertinente analizar el artículo 1333 del CC que aplica de manera supletoria. Así pues, Espinoza manifiesta que la mora es una “situación jurídica calificada de retardo imputable al deudor” (2015: 231) que consiste en un efecto legal automático del pedido de cumplimiento o de que se acepte el cumplimiento, según sea el caso, y que produce la consecuencia de generar responsabilidad por los daños que se ocasionen a la contraparte. Como menciona Espinoza, la intimación es un “acto jurídico *strictu sensu*, porque está dirigida a solicitar el cumplimiento al deudor” (2015: 231).
175. La legislación peruana, como regla general exige la interpelación al deudor al vencimiento del plazo de la obligación, o después, para que quede constituido en mora. Según Osterling, se trata de la mora *ex personae*. Asimismo, excepcionalmente se admite la mora *ex re*, cuando la ley, el convenio o la naturaleza y circunstancias de la obligación así lo determinan, o cuando el deudor se ha negado por escrito a cumplir su obligación, o cuando no fuese posible interpellarlo por causas a él imputables. En estos casos opera la mora sin interpelación (1987: 58).
176. Conforme afirma Llambías la constitución en mora no es de orden público, por lo que la supresión de la exigencia de la interpelación no atenta contra la moral ni contra las buenas costumbres. Por esta razón no habría impedimento alguno para que las partes establecieran un régimen de constitución en mora más riguroso para el deudor que el sustentado en la interpelación (1983: 151).
177. Ahora bien, la cláusula 17.13 del Contrato que regula el régimen de las penalidades contractuales estipula lo siguiente:

*"En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el **Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación, así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10**" [el subrayado es mío].*

<sup>28</sup> "Artículo 1333°.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. (...)"

178. Asimismo, es pertinente acudir también a la cláusula 17.7 del Contrato que dispone lo siguiente "*En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del Concesionario, el Regulador, podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y/o penalidades que corresponda*" [el subrayado es mío].
179. De lo dispuesto en las referidas cláusulas, se desprende las siguientes interpretaciones válidas: (i) el Regulador comunica a Metro el incumplimiento y, en el mismo acto, solicita subsanar; o, (ii) el Regulador comunica a Metro el incumplimiento y, en el mismo acto, aplica las penalidades contractuales; o, (iii) el Regulador comunica a Metro el incumplimiento y, en el mismo acto, solicita subsanar, sin perjuicio de aplicar también las penalidades.
180. De las cláusulas antes referidas, no es posible afirmar que OSITRAN primero debe imputar el incumplimiento (intimar en mora) y luego aplicar la penalidad establecida en el Contrato. Las cláusulas 17.7 y 17.13 establecen que OSITRAN podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de penalidades. Esto significa que, para el caso concreto, no es un requisito exigir previamente la subsanación y/o intimar en mora para luego recién poder imponer la penalidad, como sostiene Metro.
181. Así pues, para que OSITRAN pueda emitir el pronunciamiento que le permita aplicar las penalidades pactadas en el Contrato, debe cumplir con determinar primero el incumplimiento contractual y luego aplicar la penalidad. En efecto, la labor de determinación supone que OSITRAN debe verificar el incumplimiento de una obligación de cargo del Concesionario que haya sido tipificada por el Contrato como pasible de la aplicación de una penalidad luego calcular el monto de la penalidad a aplicar sobre la base de las pautas previstas contractualmente para dichos efectos.
182. En aquellos casos en los que OSITRAN verifique y determine el incumplimiento de obligaciones por parte del Concesionario, se encuentra habilitado no solo a establecer los mecanismos de subsanación, sino también a aplicar inmediatamente las penalidades que resulten pertinentes, lo cual evidencia que la intención de las Partes fue pactar que frente a la imputación y verificación del incumplimiento procede la aplicación de penalidades, sin necesidad de intimación en mora previa y por escrito. Esta habilitación para aplicar inmediatamente las penalidades del Contrato se realiza al margen e independientemente del requerimiento para que el Concesionario proceda a subsanar, hacia futuro, el incumplimiento detectado.
183. En ese sentido, OSITRAN está facultado a imponer las penalidades correspondientes en el mismo acto en el que comunique un incumplimiento, sin que sea necesaria la intimación en mora. Nótese a tal efecto el uso de las conjunciones copulativa y disyuntiva "y/o". La única exigencia impuesta al Regulador consiste, como se ha indicado anteriormente, en acreditar el incumplimiento imputado como condición para aplicar las penalidades. Interpretación igual a la que llegó el Tribunal Arbitral en el Caso Arbitral N° 0064-2017-CCL<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Caso arbitral que trata sobre penalidades contractuales. Las Partes son las mismas (MTC, OSITRAN y Metro). Versa sobre hechos similares y el mismo Contrato de Concesión.

184. En ese sentido, ha quedado evidenciado que OSITRAN verificó y determinó el incumplimiento de cada una de las penalidades y, en el mismo, acto aplicó la aplicación de penalidad, cumpliendo con el procedimiento pactado por las Partes en el Contrato.<sup>30</sup>

#### 4.2.2.2. Conclusión

185. Concluir que, acorde a lo dispuesto en las cláusulas 17.7 y 17.13 del Contrato, OSITRAN está facultado a imponer las penalidades correspondientes en el mismo acto en el que comunique el incumplimiento a Metro. La única exigencia impuesta al Regulador consiste en acreditar el incumplimiento imputado como condición para aplicar las penalidades. Situación que se ha demostrado en cada uno de los casos referidos de las penalidades.

#### 4.2.3. **¿Los hurtos de las señalizaciones horizontales y verticales, así como la falta de control que tiene Metro sobre la disponibilidad de los policías son causas de exoneración de responsabilidad?**

186. El presente problema jurídico radica en determinar si los hurtos de la señalización horizontal y vertical, así como la falta de control que tiene Metro sobre la disponibilidad de los policías son situaciones que permiten dejar sin efecto la penalidad impuesta por OSITRAN.

#### 4.2.3.1. Análisis

187. Metro en su demanda arbitral sostuvo que: (i) el hurto de la señalización genera que el incumplimiento no obedezca a una causa imputable a Metro (artículo 1343° del CC) sino a un hecho determinante de un tercero. Por lo que, la penalidad no debería ser exigida; y, (ii) referente al control policial es un hecho que traspasa a la esfera del control y no le puede ser imputado el incumplimiento (artículo 1343° del CC).
188. Concedente manifestó que: (i), Metro no ha acreditado que el hurto de la señalización corresponde a la zona materia del caso; (ii) referente al control policial informó que respecto de la primera a la cuarta penalidad, el Concesionario si incumplió. Respecto de la quinta a la octava penalidad, OSITRAN excluyó el incumplimiento debido a la emisión del Decreto Legislativo N° 1230; y, (iii) la obligación de la 6.74 del Contrato responde al cumplimiento de todos y cada uno de los elementos del Plan de Desvío y no solo de algunos de ellos.
189. La cláusula penal para que sea exigible, entre otros requisitos, es necesario que la inejecución de la prestación principal sea imputable al deudor, esto es que medie dolo o culpa (artículo 1343° del CC). Si el incumplimiento se debiera a un caso fortuito o fuerza mayor, o no fuese imputable al deudor, la pena no sería exigible<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de ello, precisar que, mediante oficio N° 2028-2015-GSF-OSITRAN de fecha 26 de junio de 2015, venía informando a Metro sobre el incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato.

<sup>31</sup> Artículo 1343°.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario". [el subrayado es mío].

190. Respecto al caso fortuito y fuerza mayor<sup>32</sup>. El artículo 1315<sup>o33</sup> del CC define los casos fortuitos o de fuerza mayor como causas no imputables al deudor que impiden la ejecución de la obligación o determinan su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, atribuyéndoles las características de eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles. De verificarse la existencia de algún evento de caso fortuito o fuerza mayor, el incumplimiento no le sería imputable a Metro.
191. Luego de recordar estos conceptos, tal como menciona Osterling y Castillo, consideramos conveniente referirnos a otro supuesto específico adicional que **eximen** o **reducen** la responsabilidad del deudor, respecto del cumplimiento de la cláusula penal, ante la inexecución de su obligación. Nos referimos a la **diligencia ordinaria requerida** (2013: 8).
192. Como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida genera que no sea imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso su cumplimiento irregular. A dicho deudor no le sería exigible el cumplimiento de la pena. Es justamente este principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.
193. El artículo 1314<sup>o34</sup> del CC contempla esta situación. La norma se refiere a la causa no imputable, es decir a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. En la ausencia de culpa el deudor simplemente está obligado a demostrar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación y que correspondía a las circunstancias del tiempo y del lugar, sin necesidad de acreditar el acontecimiento que ocasionó la inexecución de la obligación.
194. Como menciona Osterling y Castillo, en materia de prueba de los presupuestos de la cláusula penal, el acreedor no tiene que demostrar más que el incumplimiento del deudor, dado que establecido ese hecho queda admitida la imputación al deudor, porque su culpa se presume. Esto último se encuentra previsto en el artículo 1329<sup>o35</sup> del CC. Pero si el acreedor alega dolo o culpa inexcusable del deudor, para agravar su responsabilidad, a él corresponde la prueba. Este principio previsto por el artículo 1330<sup>o36</sup> del CC. Cabe señalar, que el deudor puede exonerarse probando su inculpabilidad, pues la presunción contenida en el artículo 1329° es *iuris tantum*, es decir que admite prueba en contrario (2003: 2703-2704).
195. Ahora bien, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin necesidad de tener que probar la existencia del daño ni su cuantía. Bastará que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor para que pueda exigir la penalidad. Corresponderá por tanto

---

<sup>32</sup> Si el deudor alega un caso fortuito o de fuerza mayor para eximirse de la pena, o en general una causa no imputable a él, le incumbe su prueba.

<sup>33</sup> “Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

<sup>34</sup> “Inimputabilidad por diligencia ordinaria: Artículo 1314°.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

<sup>35</sup> “Presunción de la culpa leve del deudor: Artículo 1329°.- Se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

<sup>36</sup> “Artículo 1330°.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

al deudor demostrar que la inejecución de la obligación se debió a causa que no le es imputable para eximirse del pago de tal penalidad (artículo 1343 CC.). Le correspondía a Metro, por tanto, demostrar que su incumplimiento se debió a una causa que no le es imputable.

196. Esta norma (artículo 1343 CC.) constituye una clara excepción a la regla general del artículo 1331 del CC, que dispone que *“la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*. Como la pena pactada importa la fijación anticipada de los daños, estaría de más que el acreedor alegue y compruebe el perjuicio, ya que el deudor no podría pretender liberarse demostrando que no ha existido.
197. De producirse el incumplimiento culposo o doloso del deudor, el acreedor podrá exigir la penalidad pactada, pero el deudor podrá solicitar al juez su reducción. Supuesto que analizaremos en el numeral 4.3 de este informe.
198. Ahora bien, en el numeral 1.4.2 del informe se indicó que las Partes están de acuerdo con que la obligación prevista en la cláusula 6.74 correspondiente al Plan de Desvío incluye los siguientes componentes: **(i) el concepto de Mantenimiento de Tránsito** que incluye a su vez: (a) la implementación de señalización horizontal; (b) implementación de señalización vertical; y, (b) control policial; y, **(ii) el concepto de Desvío de Tráfico**. Por lo que, el incumplimiento de cualesquiera de los elementos acarrearía la aplicación de las penalidades contractuales prevista en el Anexo N° 10.
199. OSITRAN para la aplicación de las penalidades verificó el incumplimiento de todos los componentes del Plan de Desvío (ver cuadro siguiente). Metro debía demostrar que existen causas que generan que el incumplimiento no le es imputable respecto de todos los componentes.

PENALIDAD	Oficio que impone la Penalidad	Penalidad: Incumplimiento de la Cláusula 6.74 Contrato de Concesión			
		Mantenimiento de Tránsito			Desvío de Tráfico
PRIMERA	Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
SEGUNDA	Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
TERCERA	Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
CUARTA	Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
QUINTA	Oficio N° 291-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Excluyó Incumplimiento	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
SEXTA	Oficio N° 295-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Excluyó Incumplimiento	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
SETIMA	Oficio N° 296-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Excluyó Incumplimiento	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío
OCTAVA	Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Excluyó Incumplimiento	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío

200. Metro sostuvo que existen hechos determinantes de terceros que facturarían el nexo causal (artículo 1343° del CC para el caso de los hurtos y los artículos 1314° y 1317° del CC para el tema del control policial). Precisar que Metro no demostró que el incumplimiento del componente del Desvío de Trafico no le es imputable.



201. Metro señaló que, referente a los hurtos de la señalización vertical y horizontal, entre el año 2015 al año 2016, habría sido víctima de continuos robos de la señalética horizontal y vertical. Metro adjuntó denuncias correspondientes a hurtos en el PV23 (10 denuncias producidas dentro del periodo del 9 de setiembre de 2015 a mayo de 2016).
202. Los referidos hurtos demostrarían que el lugar es una zona altamente delictiva y que Metro se habría visto en varias ocasiones (las denuncias no abarcan la totalidad del periodo penalizado por OSITRAN) afectado por estos reiterados robos. Motivo por el cual se ha visto impedido en diversas oportunidades de mantener las señalizaciones horizontales y verticales de acuerdo al Plan de Desvío.
203. De la revisión de los hechos, se evidencia que el Supervisor al momento de fiscalizar la implementación de las señalizaciones horizontales y verticales no consideró que Metro había pasado varios días sin contar con las mencionadas señales en las zonas indicadas por causa no atribuibles a éste. Acorde con el artículo 1343 del CC, podríamos concluir que los hurtos de las señalizaciones generan que el incumplimiento no le sea imputable.
204. No obstante, si bien los hurtos podrían ser un eximente de responsabilidad, precisar que la implementación de las señalizaciones horizontales y verticales es solo un componente del Plan de Desvío. Por lo que, los hechos alegados no dan lugar a dejar sin efecto la penalidad más aún cuando las denuncias, conforme se explicó, no abarcan la totalidad del periodo. Precisar que los hechos alegados podrían ser considerados para reducir las penalidades impuestas.
205. Respecto al control policial, Metro señaló que actuó en el ámbito de sus posibilidades y suscribió con la PNP el Convenio Específico. Metro fue diligente en celebrar el 26.06.2015 (fecha anterior a periodo penalizados por OSITRAN) el Convenio Específico en virtud del cual, la PNP, en el marco de sus funciones previstas en el Decreto Legislativo 1148<sup>37</sup>, brindaría protección y seguridad policial, a través de la asignación de su personal calificado, que garantice la continuidad, seguridad vial e impida el congestionamiento vehicular en la ruta del Plan de Desvío indicados por la MML.
206. El Convenio en su cláusula segunda<sup>38</sup> y tercera<sup>39</sup> dejan evidencia que el control policial es un hecho que traspasaba la esfera de control de Metro, pues estaba asegurando el cumplimiento de un tercero que en este caso, específicamente, es el Estado peruano del cual el Concedente forma parte. En aplicación del artículo 1314° del CC no puede imputarse el incumplimiento del control policial a Metro (artículo 1343 del CC.)

---

<sup>37</sup> Derogado por el Decreto Legislativo N° 1267

<sup>38</sup> *Cláusula Segunda: Del Objeto*

*El presente CONVENIO tiene por objeto asegurar que LA PNP, en el marco de sus funciones previstas (...), brinde protección y seguridad policial, a través de la asignación de su personal calificado para estos efectos, a fin que (...) garantice la continuidad, seguridad vial e impida el congestionamiento vehicular en la ruta de desvío del Plan de Desvíos del Proyecto (...), obra a cargo de EL CONCESIONARIO (...)*

<sup>39</sup> *Cláusula Tercera: De los compromisos de las Partes*

*3.1 LA PNP se compromete a:*  
*3.1.1 Realizar sus mejores esfuerzos para asignar personal policial voluntario en sus días de franco y/o vacaciones, a fin de garantizar la continuidad, viabilidad, seguridad vial del tránsito de vehículos y de peatones e impedir y evitar el congestionamiento vehicular y asegurar la libre circulación vehicular y peatonal, en la ruta de desvío del Plan de Desvíos del Proyecto (...)*

*3.1.2 (...) el número de efectivos policiales asignados se regulará de acuerdo al Plan de Operaciones que efectúe la Dirección de Tránsito de la PNP (...)*

207. Si bien la falta de control del Metro sobre los policías podría ser un eximente de responsabilidad, precisar que éste es solo un componente del Plan de Desvío. Los hechos alegados no dan lugar a dejar sin efecto la penalidad. Los hechos alegados podrían ser considerados para reducir las penalidades impuestas.
208. No corresponde pronunciarse sobre la alegación de Metro sobre el caso fortuito/fuerza mayor por la expedición del Decreto Legislativo N° 1230, dado que OSITRAN excluyó de la aplicación de la penalidad al incumplimiento acontecido después del inicio de la vigencia de la referida norma.
209. Metro no ha alegado ninguna causa que le exima del incumplimiento del componente del Desvío de Tráfico. La penalidad sobre este componente es plenamente imputable a Metro.
210. A modo resumen adjuntamos el siguiente cuadro:

PENALIDAD	Oficio que impone la Penalidad	Penalidad: Incumplimiento de la Cláusula 6.74 Contrato de Concesión			Medio de prueba de Metro para demostrar que el incumplimiento no le es imputable	
		Mantenimiento de Tránsito		Desvío de Tráfico		
PRIMERA	Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
SEGUNDA	Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
TERCERA	Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
CUARTA	Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	Falta de Implementación Puntos de Control (Control Policial) conforme al Plan de Desvíos	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
QUINTA	Oficio N° 291-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	<b>Excluyó Incumplimiento</b>	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
SEXTA	Oficio N° 295-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	<b>Excluyó Incumplimiento</b>	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
SETIMA	Oficio N° 296-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	<b>Excluyó Incumplimiento</b>	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>
OCTAVA	Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN	Falta de Implementación de Señalización Horizontal en el área del Microdesvío	Falta de Implementación de Señalización Vertical en el área del Microdesvío	<b>Excluyó Incumplimiento</b>	Falta de Implementación de Desvío de Tráfico de acuerdo al Plan de Desvío	* Falta de implementación de la señalización: <b>Metro demostró parcialmente que no le es imputable</b> * Control Policial: Metro demostró que no le es imputable. * Falta de implementación del Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b> * Desvío de Tráfico: <b>Metro no desvirtuó que le sea imputable</b>

211. De la revisión de los hechos se verificó que Metro habría sustentado la existencia de situaciones que acarrearían que la penalidad no le sea imputable solo respecto algunos componentes del Plan de Desvío. No de todos. No corresponde dejar sin efecto la penalidad, pero si constituye un elemento objetivo para evaluar la reducción de penalidad.

#### **4.2.3.2. Conclusión**

212. La penalidad impuesta por OSITRAN respecto al incumplimiento de la obligación prevista en la cláusula 6.74 del Contrato es imputable a Metro. Metro no ha demostrado la existencia de causas que generen que el incumplimiento de la totalidad de los componentes del Plan de Desvío no le sean imputable.

#### **4.2.4. Conclusión del segundo problema jurídico principal**

213. Se verifica que sí corresponde la aplicación de las penalidades contractuales a Metro por incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato. Al respecto, CSIL2 ha fiscalizado el cumplimiento de las obligaciones sobre la base de los planos de señalización vigentes. Asimismo, se corroboró que en un mismo acto, OSITRAN está facultado para comunicar el incumplimiento e imponer las penalidades. La única exigencia impuesta al Regulador consiste en acreditar el incumplimiento imputado como condición para aplicar las penalidades. Situación que se ha demostrado en cada uno de los casos referidos de las penalidades. Metro no ha podido demostrar la existencia de causas que generen que el incumplimiento no le sea imputable.

#### **4.3. ¿ES FACTIBLE MODIFICAR LAS PENALIDADES CONTRACTUALES IMPUESTAS POR OSITRAN?**

214. El presente problema jurídico radica en determinar si las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN por el incumplimiento de la obligación prevista en la cláusula 6.74 del Contrato pueden ser modificadas en virtud del artículo 1346° del CC.

#### **4.3.1. ¿SE VERIFICAN LOS SUPUESTOS HABILITANTES PARA REDUCIR LAS PENALIDADES CONTRACTUALES IMPUESTAS POR OSITRAN?**

215. El presente problema jurídico reside en determinar si se configura los supuestos para reducir las penalidades impuestas por OSITRAN por el incumplimiento de la cláusula 6.74 del Contrato al verificarse que Metro cumplió parcialmente con el Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico.

#### **4.3.1.1. Análisis**

216. Metro en su demanda solicitó la reducción de la penalidad por los siguientes motivos: (i) no se le ha imputado un incumplimiento total ni sustancial; y, (ii) el Mantenimiento de Tránsito se ha seguido realizando de manera efectiva.
217. El MTC manifestó que Metro incumplió todos los componentes que conforman el Plan de Desvío, por lo que, no procedería su reducción. Además manifestó que OSITRAN no tiene la facultad de modificar los contratos.

218. La cláusula penal está regulada en los artículos 1341° y siguientes del CC. Pactada la cláusula penal y el monto de las penalidades en caso de incumplimiento ¿es factible modificar el monto de la penalidad? Al respecto, el artículo 1346° CC establece que "*El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida*".
219. Por tanto, existen dos supuestos habilitantes para la reducción de penalidades: (i) que la pena sea manifiestamente excesiva; y, (ii) que la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.
220. La posibilidad del juzgador (llámese Juez o Tribunal Arbitral) de hacer uso de la citada facultad, resulta excepcional, dado el principio de obligatoriedad del contrato (los contratos son ley entre las partes) o porque son las partes quienes están en la mejor posibilidad de considerar las consecuencias del incumplimiento. Por ello es necesario evaluar caso por caso.
221. En la legislación nacional, para la posibilidad de reducir la penalidad por los supuestos de cumplimiento parcial o irregular de la prestación se suele adoptar como criterio la proporcionalidad entre el interés supérstite del acreedor, la dimensión del incumplimiento y la pena fijada. Las discrepancias surgen en los supuestos de inexecución total de obligaciones, respecto del cual se han identificado diferentes sistemas - inmutabilidad absoluta, inmutabilidad relativa y mutabilidad absoluta - (Gutierrez y Rebaza 2004: 1073).
222. El artículo 1346° del CC recoge el sistema de inmutabilidad relativa, al permitir la posibilidad de reducir el monto de la penalidad manifiestamente excesiva, cuando ello hubiera sido solicitado por el deudor, pero no incrementarla.
223. Por un lado, en el supuesto de pena "manifiestamente excesiva", nuestro Código no precisa los criterios que se deben tomar en cuenta para la reducción de la pena, sin embargo, como mencionan Gutiérrez y Rebaza, el artículo 1346° CC establece dos (2) criterios para reducir la penalidad. Un criterio objetivo, que consiste en que el Juez no podría negarse a reducir el monto de la pena cuando el deudor demuestra que el monto al que ascienden los daños reales está muy por debajo que el monto pactado como penalidad. Por otro lado, un criterio subjetivo, en tanto corresponderá al Juez verificar si la penalidad es no sólo excesiva, sino "manifiestamente excesiva" (2004: 1081).
224. La referencia a la reducción equitativa de la pena "manifiestamente excesiva" denota la necesaria apreciación subjetiva del juez, pues no solamente se exige que la pena sea excesiva, esto es, que supere con creces el monto de los daños efectivamente irrogados, sino, además, que esta desproporción sea "manifiesta", es decir, **abiertamente abusiva**. La verificación de que el supuesto de la norma se ha cumplido no le correspondería al deudor que solicita la reducción de la penalidad, sino al juez.
225. En la práctica, según Osterling y Castillo, si bien es necesario que el deudor acredite de manera objetiva que el monto de los daños derivados de su incumplimiento es menor al de la suma pactada como penalidad, el criterio subjetivo de reducción de la pena ha

prevalecido. La regla adoptada por nuestro Código y la jurisprudencia nacional<sup>40</sup> indica que el juez deberá emplear su leal saber y entender a efectos de reducir prudencialmente y de manera equitativa el monto de la pena pactada, independientemente de las pruebas que se aporten (2013: 20-22).

226. En esa línea, citar el criterio seguido por el Tribunal Constitucional, en el expediente N.º 05311-2007-PA/TC, que sostiene:

*"19). Que se encuentre incorporada una cláusula de carácter penal como previsión sancionadora frente a eventuales incumplimientos de las obligaciones asumidas por las partes, no es algo que por principio pueda considerarse arbitrario. Lo arbitrario o lesivo resultaría si quedasen acreditadas eventuales implicancias sobre derechos fundamentales, sea porque estas resultan irrazonables, sea porque las mismas devienen en desproporcionadas.*

*(...)*

*23). Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada (...) pueda pasar por inadvertida y que incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo (...), resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. La Jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto a consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legítima como necesaria, la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata pues y vale la pena precisarlo, de una desvirtuación de las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral"*

227. Si bien es posible afirmar que el órgano jurisdiccional lejos de centrarse en los medios probatorios, resuelve con criterio de conciencia, de acuerdo a lo que a su leal saber y entender constituye una pena "manifiestamente excesiva", determinado que el criterio subjetivo de reducción de la pena es prevalente, como anota Osterling, la simple apreciación judicial, sin necesidad de pruebas, puede conducir al juez a cometer arbitrariedad, dado que en la mayoría de los casos las complejas relaciones contractuales no permiten al juez pronunciarse sin pruebas (1988: 315).
228. En la línea de lo mencionado por Osterling, concuerdo de que cuando el deudor solicita la reducción de la cláusula penal, existe una reversión de la carga de la prueba. Recordemos que en los casos en que opera la indemnización judicial corresponde al acreedor probar la existencia de los perjuicios y su monto (artículo 1331° CC). Pero, cuando se estipula una indemnización convencional y el deudor pretende que sea reducida, toca a él acreditar que la pena es excesiva o injustificada, demostrando que el acreedor sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno (1965: 21).

---

<sup>40</sup> Sentencia Casatoria N° 1753-97 del 24 de setiembre de 1998 y Sentencia Casatoria N° 1753-97, del 24 de setiembre de 1998.

229. Por otro lado, en los supuestos de incumplimiento parcial o irregular se debe tener en cuenta el criterio de la utilidad que el pago parcial o irregular procura al acreedor. Si dicho cumplimiento ha sido útil para el acreedor. El análisis referido a la “utilidad” debe hacerse respecto de cada caso concreto, puesto que en ocasiones la aceptación del pago, no necesariamente significa que aquello cumplido sea útil para el acreedor.
230. Si lo cumplido es de escasa importancia o no reputa ninguna utilidad para el acreedor sí podría este último exigir el pago total de la pena y no debería operar su reducción. De modo que se debe analizar caso por caso, dependiendo de las circunstancias y la naturaleza de la prestación, puesto que ha quedado claro que la aceptación no es sinónimo, ni presunción, de utilidad (Osterling 1965).
231. Ahora bien, Metro ha manifestado y probado que no existe un incumplimiento total, adjuntando, por ejemplo, documentación que prueban que ha cumplido con realizar la implementación de las señalizaciones. El Mantenimiento de Tránsito y el Desvío de Tráfico de la Etapa 1A se ha venido ejecutando y realizando sin ningún inconveniente. De los propios informes del Supervisor “Informes Ejecutivos Diarios del Plan y Control de Desvío” se demuestra que existía un gran número de señalización horizontales y verticales en el Área de la Concesión del PV23 y que se venía realizando y ejecutando el Desvío de Tráfico.
232. Respecto a los hurtos de las señalizaciones horizontales y verticales, se ha evidenciado, a través de denuncias policiales, que Metro sufrió en varias ocasiones el hurto de señalizaciones (más de 10 denuncias por hurto en el periodo entre setiembre de 2015 y mayo de 2016). Hecho que CSIL2 no tomó en cuenta al momento de Supervisar y que OSITRAN, aún en ese contexto, penalizó a Metro y no le dio un tiempo razonable necesario para reponer las señalizaciones. Además, quedó demostrado que a Metro no se le puede imputar la falta de control policial, dado que el incumplimiento no es por causa imputable a Metro.
233. Lo expuesto se evidencia que ha existido un cumplimiento parcial de la obligación dispuesta en la cláusula 6.74 del Contrato y que este cumplimiento le ha sido útil al Concedente porque se ha cumplido con el objetivo del Plan de Desvío que es disminuir el impacto generado en el tránsito vehicular y peatonal ante la ejecución del Proyecto, tanto así que la MML no ha sancionado a Metro en ningún momento por el incumplimiento del Plan de Desvío.
234. Sobre la base de lo indicado y, tomando el criterio explicado para la procedencia de la reducción de la penalidad por cumplimiento parcial, Metro, en el marco del arbitraje, puede solicitar la reducción de las penalidades impuestas considerando que cumplió parcialmente con la cláusula 6.74, considerando, además, que la falta de implementación de las señalizaciones horizontales y verticales en un periodo determinado como la falta de control policial se debe a causas no imputables a Metro.

#### 4.3.1.2. Conclusión

El cumplimiento parcial de la obligación prevista en la cláusula 6.74 a cargo de Metro es un criterio para aplicar la reducción de las penalidades, sustentado, además, en que la falta de implementación de las señalizaciones horizontales y verticales a consecuencia de los hurtos y la falta de control sobre los policías se deben a causas no imputables a Metro.

#### 4.3.2. ¿LOS PLAZOS PARA NOTIFICAR EL INCUMPLIMIENTO Y EL CRITERIO DE AGRUPACIÓN DE LAS PENALIDADES POR PARTE DE OSITRAN CONSTITUYEN OTRO CRITERIO A TENER EN CUENTA PARA REDUCIR LAS PENALIDADES?

235. El presente problema jurídico radica en determinar si la forma de notificar el incumplimiento y el criterio de agrupación (mensual) de las penalidades por parte de OSITRAN a Metro constituye otro criterio a tener en cuenta para reducir las penalidades contractuales.

##### 4.3.2.1. Análisis

236. Metro en su demanda manifestó que OSITRAN incurrió en plazos excesivos para comunicar el incumplimiento y aplicar las penalidades, como se puede ver en el siguiente cuadro.

Pretensión de Demanda	Oficio que impone la Penalidad	Fecha de Notificación	Penalidad: Incumplimiento de la Cláusula 6.74 Contrato de Concesión			
			Periodo Penalizable	Inicio Periodo Penalizable	Término Periodo Penalizable	Demora en la imputación y notificación (DÍAS)
PRIMERA	Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN	12-ene-16	4 al 31 de agosto de 2015 y del 1 al 30 de septiembre de 2015	04-ago-15	31-ago-15	162
				01-sep-15	30-sep-15	134
SEGUNDA	Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN	18-ene-16	1 al 30 de noviembre de 2015	01-nov-15	30-nov-15	79
TERCERA	Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN	21-ene-16	1 al 31 de octubre de 2015	01-oct-15	31-oct-15	113
CUARTA	Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN	14-mar-16	1 a 26 de diciembre de 2015	01-dic-15	26-dic-15	105
QUINTA	Oficio N° 291-2016-GSF-OSITRAN	24-jun-16	27 al 31 de diciembre de 2015 1 al 31 de enero de 2016 1 al 29 de febrero de 2016	27-dic-15	31-dic-15	181
				01-ene-16	30-ene-16	176
				01-feb-16	29-feb-16	145
QUINTA	Oficio N° 295-2016-GSF-OSITRAN	27-jun-16	1 al 31 de marzo de 2016	01-mar-16	31-mar-16	119
QUINTA	Oficio N° 296-2016-GSF-OSITRAN	27-jun-16	1 al 30 de abril de 2016	01-abr-16	30-abr-16	88
QUINTA	Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN	05-jul-16	1 al 31 de mayo de 2016	01-may-16	31-may-16	66

237. El MTC manifestó que OSITRAN ha actuado conforme a su función supervisora, acorde al REGO y el Reglamento General de Supervisión (RGS) - Resolución del Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN-, realizando una supervisión permanente. Además, señaló que OSITRAN no tiene la facultad de modificar los contratos.

238. Para el cumplimiento de sus objetivos, OSITRAN ejerce las siguientes funciones: (i) normativa<sup>41</sup>; (ii) reguladora<sup>42</sup>; (iii) supervisora, (iv) fiscalizadora y sancionadora<sup>43</sup>; y (v) de solución de controversias y atención de reclamos de usuarios<sup>44</sup>.
239. La función supervisora se encuentra prevista en el artículo 21° REGO y en el literal c) del artículo 2° del RGS que señalan que “la función permite a OSITRAN verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas, por parte de las Entidades Prestadoras, en los aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia”. Conforme explicamos en el numeral 1.3 del Informe CSIL2 desempeña las funciones de Supervisión, pero manteniendo siempre OSITRAN la titularidad de la supervisión.
240. El artículo 6° del RGS establece los principios, límites y lineamientos a la función de supervisión de OSITRAN. Estos son: (i) eficiencia<sup>45</sup>; (ii) presunción de veracidad<sup>46</sup>; (iii) transparencia<sup>47</sup>; (iv) **finalidad preventiva y correctiva, y no únicamente punitiva**. Este último principio, dispone q las acciones de supervisión deben estar dirigidas principalmente a prevenir, evitar y corregir la comisión de acciones.
241. El artículo 15° del RGS establece que la función supervisora se ejerce de manera continua sobre cualquier materia dentro del ámbito de competencia de OSITRAN, a través de las siguientes actividades: (i) reunión de trabajo; (ii) supervisión de gabinete; (iii) inspección; y, (iv) supervisión *in situ* permanente. Ésta última actividad significa la “*actividad de supervisión a través de la cual se verifica de manera continua en las instalaciones o zonas donde se esté llevando a cabo, las acciones que realiza la Entidad Prestadora para cumplir una obligación específica (...)*” [el subrayado es mío].
242. OSITRAN y el Concedente señalaron que la modalidad que han utilizado es de *supervisión In situ Permanente* y que el resultado – facultativamente – puede constar en actas o informes de supervisión remitidos periódicamente, a pesar de que la penalidad sea

---

<sup>41</sup> “Artículo 11 del REGO.- **Función Normativa** “El OSITRAN dicta dentro de su ámbito de competencia, reglamentos autónomos, normas que regulen los procedimientos a su cargo y otras normas de carácter general aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. (...)”.

<sup>42</sup> “Artículo 16 del REGO.- **Función Reguladora** “El OSITRAN regula, fija, revisa o desregula las tarifas de los servicios y actividades derivadas de la explotación de la Infraestructura, en virtud de un título legal o contractual, así como los Cargos de Acceso por la utilización de las Facilidades Esenciales. Asimismo, establece las reglas para la aplicación de los reajustes de tarifas y el establecimiento de los sistemas tarifarios que incluyan los principios y reglas para la aplicación de tarifas (...)”.

<sup>43</sup> “Artículo 32 del REGO.- **Funciones Fiscalizadora y Sancionadora** “El OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión respectivos”.

<sup>44</sup> “Artículo 37 del REGO.- **Funciones de Solución de Controversias y de Atención de Reclamos** “El OSITRAN está facultado para resolver en la vía administrativa las controversias y reclamos que, dentro del ámbito de su competencia, surjan entre Entidades Prestadoras y entre éstas y Usuarios.”.

<sup>45</sup> OSITRAN desarrollará las actividades de supervisión con el uso eficiente de sus recursos, y procurando evitar que generen costos excesivos a las Entidades Prestadoras.

<sup>46</sup> Se presume que los documentos exhibidos y/o presentados, responden a la verdad de los hechos que afirman. Sin embargo, OSITRAN se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada y el cumplimiento de la normatividad.

<sup>47</sup> Toda decisión de cualquier órgano del OSITRAN deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y predecibles. Las decisiones de OSITRAN serán debidamente motivadas.



de aplicación diaria. Sobre este punto, el artículo 23° del RGS señala que “*b) los resultados de la Supervisión in Situ Permanente **constarán en Actas de Inspección, o Informes de Supervisión** (...), ya sea por el Órgano Supervisor o por Empresas Supervisoras (...)*” [el subrayado es mío]

243. El artículo 23° del RGS prescribe que es obligatorio que los resultados de la Supervisión in-Situ permanente consten en actas de inspección o informes de supervisión. No es facultativo. En el procedimiento no dice el plazo que tiene el Órgano para remitir los resultados. La empresa Supervisora CSIL2 tenía informes ejecutivos diarios de plan de control de desvío, pero los agrupaba en informes mensuales para enviar a OSITRAN y OSITRAN demoraba incluso 150 días en comunicar el incumplimiento a Metro y a aplicar las penalidades.
244. Así pues, el artículo 23° del RGS debe leerse de forma conjunta con el artículo 6° del RGS. Nos referimos específicamente a la finalidad preventiva y correctiva. Sobre este punto preguntarse ¿el procedimiento de OSITRAN para comunicar y aplicar las penalidades, notificando con incluso 150 días de acontecido el incumplimiento, y agrupando en periodos mensuales, cumplieron con esta finalidad? En nuestra consideración, no. OSITRAN no utilizó un procedimiento razonable.
245. Sobre este punto, corresponde analizar la funcionalidad de la cláusula penal del CC. Para tal efecto, se describe las funciones que cumple la cláusula penal, confrontándolas con el régimen legal peruano y expresando nuestras opiniones al respecto.
246. En primer lugar, la función compulsiva. La cláusula penal no tiene por finalidad que una parte se beneficie frente a la otra con la penalidad acordada, sino que tiene por objeto evitar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de cualquiera de ellos, por lo que su inclusión tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de sus obligaciones. La función compulsiva de la cláusula penal puede ser tanto compensatoria<sup>48</sup> como moratoria<sup>49</sup>. El artículo 1346° del CC, relativiza —de alguna manera— la función compulsiva de la cláusula penal.
247. En segundo lugar, la función Indemnizatoria. La penalidad pactada sirve para indemnizar los daños y perjuicios que cause el incumplimiento del deudor (valuación anticipada de los daños). Como señala Osterling: “la cláusula penal siempre cumplirá una función indemnizatoria, tanto cuando ella pudiera corresponder en su monto a la cuantía de los daños y perjuicios verdaderamente causados, como cuando resultare diminuta o excesiva” (2013: 3).
248. En tercer lugar, la función punitiva o sancionadora que significa que la penalidad pactada constituye una sanción -una pena privada- que recae en el deudor por el incumplimiento de su obligación. La función punitiva o sancionadora de la cláusula penal se encuentra relativizada en función del artículo 1346° del CC.

---

<sup>48</sup> Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor el derecho a la contraprestación, si la hubiere). En otras palabras, la cláusula penal compensatoria buscará que el deudor no deje de cumplir de manera íntegra e idónea.

<sup>49</sup> La función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago. Hacer que el deudor no deje de cumplir en tiempo oportuno, pues se vería expuesto a incurrir en mora y a que se desencadene la sanción correspondiente.

249. En cuarto lugar, la función resolutoria. Se daría en aquellos casos en que la ejecución de la pena extingue la obligación principal, puesto que aquella fue pactada para el caso de incumplimiento total de la prestación. De esta manera, si la prestación incumplida fuese la de mayor importancia o una de importancia sustancial, o incluso la única asumida por el deudor, sería factible pensar que la cláusula penal tendría una finalidad resolutoria. La conclusión es distinta cuando la cláusula penal es moratoria.
250. Ahora bien, ni en la normativa ni en el Contrato existe precepto que indique que OSITRAN tenga un plazo para notificar o aplicar las penalidades, empero están deben desarrollarse en el marco del artículo 6° RGS que estable como principios y lineamiento a la finalidad preventiva y correctiva y no únicamente punitiva. La forma de cómo OSITRAN comunicó el incumplimiento y aplicó las penalidades no cumplieron con esta finalidad. Por los motivos desarrollados a continuación<sup>50</sup>.
251. Los plazos en los que ha incurrido OSITRAN para notificar el incumplimiento superan en algunos casos los 150 días. OSITRAN decidió agrupar en bloques mensuales o periodos mayores sin realizar ni explicar la razón de este sistema ¿se quería realmente corregir o desincentivar el incumplimiento de Metro? Consideramos que no. Esta forma de comunicación y penalización ha impedido a Metro conocer el hecho penalizable para subsanar el incumplimiento, contraviniendo la finalidad preventiva y correctiva que es desviar el tráfico y mantener el tránsito en la Zona.
252. Como hemos explicado, las penalidades cumplen una serie de funciones, entre otros, la de evitar o desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes, consecuentemente, evitar que se produzca el daño o perjuicio que conlleva el incumplimiento de las obligaciones. No hay duda que la compulsividad será mayor cuanto mayor sea la pena.
253. Sin perjuicio de lo expuesto, explicamos en el numeral 4.3.1 que, acorde al artículo 1346° del CC, es posible reducir el monto de la penalidad manifiestamente excesiva, cuando ello hubiera sido solicitado por el deudor. Metro tenía la carga de probar que la pena es excesiva o injustificada, o que sufrió perjuicios inferiores a los previstos en la cláusula penal, o que no sufrió perjuicio alguno.
254. Sobre la base de lo indicado y tomando en cuenta los criterios explicados, el Concesionario en el marco del arbitraje si podría solicitar la reducción de las penalidades impuestas considerando, entre otros, que la aplicación de la penalidad por atraso en incumplimiento de la obligación de 6.74 es manifiestamente excesiva ya que, pese al incumplimiento, los desvíos de tráfico se realizaron sin ningún problema y, por tanto, no se produjo un daño o perjuicio concreto.
255. Metro, también, podría haber manifestado que las penalidades impuestas por OSITRAN adquirieron totalmente un carácter punitivo trasgrediendo el artículo 6° del RGS, dado que, para el caso de la primera penalidad, Metro no se enteró de su incumplimiento sino hasta después de 4 meses, evidenciándose que OSITRAN no buscó el cumplimiento real de la obligación, generando un perjuicio económico.

---

<sup>50</sup> En los Contrato de Concesión de Ferrocarril del Centro” y Contrato de Administración de los Ferrocarriles Centro, Sur y Sur Oriente como paso previo a la aplicación de las penalidades OSITRAN otorgaba un plazo de subsanación al Concesionario.

256. No obstante, revelar que Metro en la demanda no ha indicado literalmente que la penalidad sea manifiestamente excesiva y, por ello, tampoco hay actividad probatoria destinada a demostrar el real daño ocasionado en comparación con la penalidad impuesta. Sin embargo, habiéndose evidenciado que OSITRAN no siguió un procedimiento razonable para aplicar las penalidades y que el procedimiento seguido generó que se acumulen penalidades, sería un criterio para evaluar la reducción de las penalidades.
257. Este criterio para evaluar la reducción no aplicará para el caso de la quinta, sexta, séptima y octava penalidad, dado que, como se observa en la línea de tiempo anexo al informe, Metro tenía conocimiento de los hechos materia de penalización. Por tanto, carece de sentido considerar que OSITRAN debió requerir a Metro que cumpla sus obligaciones para evitar la acumulación de penalidades diarias, porque esta alerta ya lo conocieron con la aplicación de la primera a la cuarta penalidad. Es decir, cada día de incumplimiento respecto de la quinta a la octava penalidad, desde el primer día, Metro estuvo en posibilidad de detectar su propio incumplimiento y revertirlo.

#### 4.3.2.2. Conclusión

258. Los plazos para notificar el incumplimiento y la forma de agrupación de las penalidades constituyen otro criterio para reducir las penalidades respecto de la primera a la cuarta penalidad, dado que OSITRAN no siguió un procedimiento razonable. La aplicación de la penalidad resulta manifiestamente excesiva ya que no se produjo un daño o perjuicio concreto o de haberse producido este tiene un valor menor al de la penalidad impuesta<sup>51</sup>. Este criterio para evaluar la reducción no aplicará para el caso de la quinta a la octava penalidad, ya que Metro tenía conocimiento de los hechos materia de penalización, pudiendo revertir el incumplimiento.

#### 4.3.3. **Conclusión del tercer problema jurídico principal**

259. Es factible la modificación de las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN de conformidad con el artículo 1346 del CC. Se ha verificado los supuestos de reducción de del artículo 1346 del CC, como son: (i) el cumplimiento parcial de la obligación del Plan de Desvío a cargo de Metro corroborado por la Supervisión (CSIL2) y reforzado por el hecho de que no existe por parte de la MML la imposición de multas por incumplimiento del Plan de Desvío; y (ii) la penalidad resultó manifiestamente excesiva respecto de la primera a la cuarta penalidad tal como se desarrolló en el numeral 4.3.2.

---

<sup>51</sup> OSITRAN impuso un total de  $604 \text{ UIT} \times 3850 = \text{S/} 2.325,400.00$  a pesar de que el Plan de Desvío fue ejecutado por Metro sin ningún inconveniente (corroborado por CSIL2) y la autoridad competente (MML) no sancionó a Metro en ningún momento por el incumplimiento del Plan de Desvío.

## PARTE V

### 5. POSICIÓN DEL ALUMNO

En las siguientes líneas se plasmará mi posición respecto de lo resuelto por el Tribunal Arbitral. Para ello se tomará de base el análisis y conclusiones de los problemas jurídicos antes abordados.

260. Las penalidades impuestas por OSITRAN por el incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvío de Tráfico en el Área de la Concesión del PV23 son de naturaleza civil/contractual. OSITRAN reconoció la naturaleza civil de las penalidades. Asimismo, la naturaleza civil de las penalidades lo acredita el contrato (cláusula 17.12 que señala que el Regulador se encuentra facultado a aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato o la propia cláusula 17.11 que diferencia las sanciones que pueda emitir el Regulador de las penalidades contractuales) y el RIS (artículo 3°). La naturaleza contractual de las penalidades también es reconocida por la Segunda Sala Sub Especialidad Comercial.
261. No es posible llegar a una conclusión en la cual las Partes han renunciado a la Jurisdicción (judicial o arbitral) para resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual. Una interpretación en ese sentido, significaría que el Concesionario habría renunciado a su derecho de acción como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Interpretación que sería inconstitucional (inciso 3 del artículo 139° de la Constitución). Además, esto se refuerza porque OSITRAN reconoció que no existe una renuncia a la Jurisdicción.
262. Asimismo, no es posible afirmar que las Partes hayan decidido excluir, en la cláusula 17.14, la vía arbitral para resolver las controversias relativas a las penalidades, cuando las penalidades son impuestas en virtud del Contrato. No solo porque así lo establece la literalidad del Contrato sino porque el mecanismo de Solución de Controversia está previsto en el Contrato y obedece a un mandato legal (Decreto Legislativo N° 1012). Además, las Partes no han excluido del alcance del convenio arbitral a la aplicación de penalidades (artículo 41° de la Ley de Arbitraje).
263. Por lo tanto, consideramos correcta la decisión del Tribunal Arbitral de que las controversias vinculadas a la imposición de penalidades contractuales se pueden resolver bajo el mecanismo de Solución de Controversias pactado en el Contrato (Arbitraje).
264. De la misma forma, se determina que Metro incumplió la cláusula 6.74 del Contrato correspondiendo la aplicación de las penalidades contractuales por parte de OSITRAN, por los siguientes motivos. En primer lugar, porque CSIL2 ha fiscalizado en base a los planos vigentes aprobados mediante en la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT y el Plano aprobado por el MTC en el EDI del PV23, los cuales no han sido modificados por la MML. Corroborándose que los informes emitidos por CSIL2, que sirven de base a OSITRAN para verificar el incumplimiento de Metro, han tenido como insumo documentación correcta y vigente.
265. En segundo lugar, respecto a la intimación en mora, de conformidad con la cláusula 17.13, coincido con el Tribunal Arbitral de que no es posible afirmar que OSITRAN debe primero imputar incumplimiento y luego aplicar las penalidades. Las cláusulas 17.7 y

17.13 establecen que en un mismo acto OSITRAN se encuentra facultado para comunicar el incumplimiento e imponer las penalidades. La única exigencia impuesta al Regulador consiste en acreditar el incumplimiento imputado como condición para aplicar las penalidades. Situación que se ha demostrado en cada uno de los casos referidos de las penalidades.

266. En tercer lugar, Metro no ha podido demostrar la existencia de causas que generen que el incumplimiento de la totalidad de los componentes del Plan de Desvío no le sea imputable. Metro no presentó sustento alguno sobre causas que generen que el incumplimiento del componente del Desvío de Tráfico no le sea imputable. Asimismo, las denuncias por los hurtos de las señalizaciones no abarcan la totalidad del periodo penalizado. El incumplimiento de cualquiera de los componentes del Plan de Desvío, faculta a OSITRAN a imponer la penalidad establecida en el Anexo N° 10 del Contrato. Por lo que, las penalidades son exigibles a Metro, coincidiendo con el Tribunal Arbitral.
267. Finalmente, concluir que si es factible la reducción de los montos de las penalidades contractuales. El Código Civil (artículo 1346° CC) ha acogido la posibilidad de reducir el monto de la penalidad cuando: (i) la pena sea manifiestamente excesiva; y, (ii) la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. En esa línea, consideramos correcta la decisión del Tribunal Arbitral de reducir las penalidades contractuales aplicadas a Metro, al verificarse que Metro cumplió parcialmente con la obligación dispuesta en la cláusula 6.74. Situación que ha sido corroborada por la Supervisión (CSIL2) en sus informes.
268. En esa misma línea, manifestar que los plazos para notificar el incumplimiento y la forma de agrupación de las penalidades constituye otro criterio para reducir las penalidades respecto de la primera a la cuarta penalidad, toda vez que OSITRAN no siguió un procedimiento razonable, resultando la aplicación sobre éstas penalidades manifiestamente excesiva porque no se produjo un daño o perjuicio concreto o de haberse producido este tiene un valor menor al de la penalidad impuesta<sup>52</sup>. Considero que este criterio no debió de ser empleado por el Tribunal Arbitral para la reducción de la quinta a la octava penalidad, dado que Metro tenía conocimiento de los hechos materia de penalización, pudiendo revertir el incumplimiento.

---

<sup>52</sup> A pesar de que el Plan de Desvío se realizó y la autoridad competente (MML) no ha sancionado a Metro en ningún momento por el incumplimiento del Plan de Desvío, OSITRAN aplicó la suma de aproximadamente S/. 2'325,400.00 por penalidades contractuales.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA

2018 *Caso Arbitral N° 0064-2017-CCL*. Laudo Arbitral: 3 de diciembre de 2018.

CAMARA DE COMERCIO DE LIMA

2017 *Caso Arbitral N° 0067-2016-CCL*. Laudo Arbitral: 17 de octubre de 2017.

BORDA, César Augusto y otros

2016 “*Evaluación del Régimen de Penalidades en los Contratos de Concesión de Infraestructura de Transporte de Uso Público*”. Trabajo de Investigación presentado para optar al Grado Académico de Magíster en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras. Lima: Universidad del Pacífico, Programa de Postgrado. Consulta: 18 de setiembre de 2020.

<https://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/1519>

CASTILLO, Mario y Rita SABROSO

2011 “*¿Arbitraje y regulación de servicios públicos?*”. *El caso de OSITRAN*. Primera edición. Lima: Palestra Editores.

DANÓS, JORGE.

1995 “*Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*”. IUS ET VERITAS. Lima, número 10, pp. 149-160. Consulta: 23 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485>

ESPINOZA, Juan.

2015 “*La Mora*”. *THĒMIS-Revista de Derecho*. Lima, número 68, pp. 229-244. Consulta: 18 de setiembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15596/16045>

DÍAZ-CANDÍA, Hernando

2009 “*La jurisdicción Arbitral frente a los actos administrativos: hacia el arbitraje contencioso-administrativo*”. *Revista Internacional de Arbitraje*. Venezuela, volumen 2, número 10, pp. 709-740.

GASPAR, Silvia.

1998 “*El ámbito de aplicación del arbitraje*”. Navarra: Editorial Aranzandi,

GUTTERREZ, Walter y Alfonso REBAZA,

2004 “*Código Civil Comentado. Tomo VI. Obligaciones*”. Lima: Gaceta Jurídica.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín.

1983 “*Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*”. Seis volúmenes. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Abeledo- Perrot.

MORÓN, Juan Carlos

2001 “Los Actos Administrativos en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 17, pp. 242-257. Consulta: 23 de noviembre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16889>

OSITRAN

2020 *Plan de negocio de 2020*. Consulta: 31 de octubre de 2020.

<https://www.ositran.gob.pe/wp-content/uploads/2018/04/pdn-2020-12.pdf>

OSTERLING, Felipe

1965 “Inmutabilidad de la Cláusula Penal. *Derecho PUCP*. Lima, número 24, pp. 11-26. Consulta: 28 de octubre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/12875/13451>

1987 “Mora del Deudor”. *THĒMIS-Revista de Derecho*. Lima, número 8, pp. 55-60. Consulta: 15 de octubre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10692/11175>

1988 “Obligaciones con cláusula penal”. Lima Consulta: 14 de Octubre

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Obligaciones%20con%20clausula%20penal.pdf>

OSTERLING, Felipe y Mario CASTILLO

2003 “*Tratado de Obligaciones*”. XVI volúmenes. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial 2003.

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/41261>

2013 “Obligaciones con cláusula penal”. *Revista de Investigación Virtual UIS, Facultad de Derecho Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo*. Chiclayo. Consulta: 29 de octubre de 2020.

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf>

PODER JUDICIAL

2014 *Expediente N° 00020-2014-0-1817-SP-C0-02*. Sentencia: 12 de enero de 2015. Consulta: 30 de octubre de 2020.

<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2009 *Expediente N.° 05311-2007-PA/TC*. Sentencia: 5 de octubre de 2008. Consulta: 2 de noviembre de 2020.

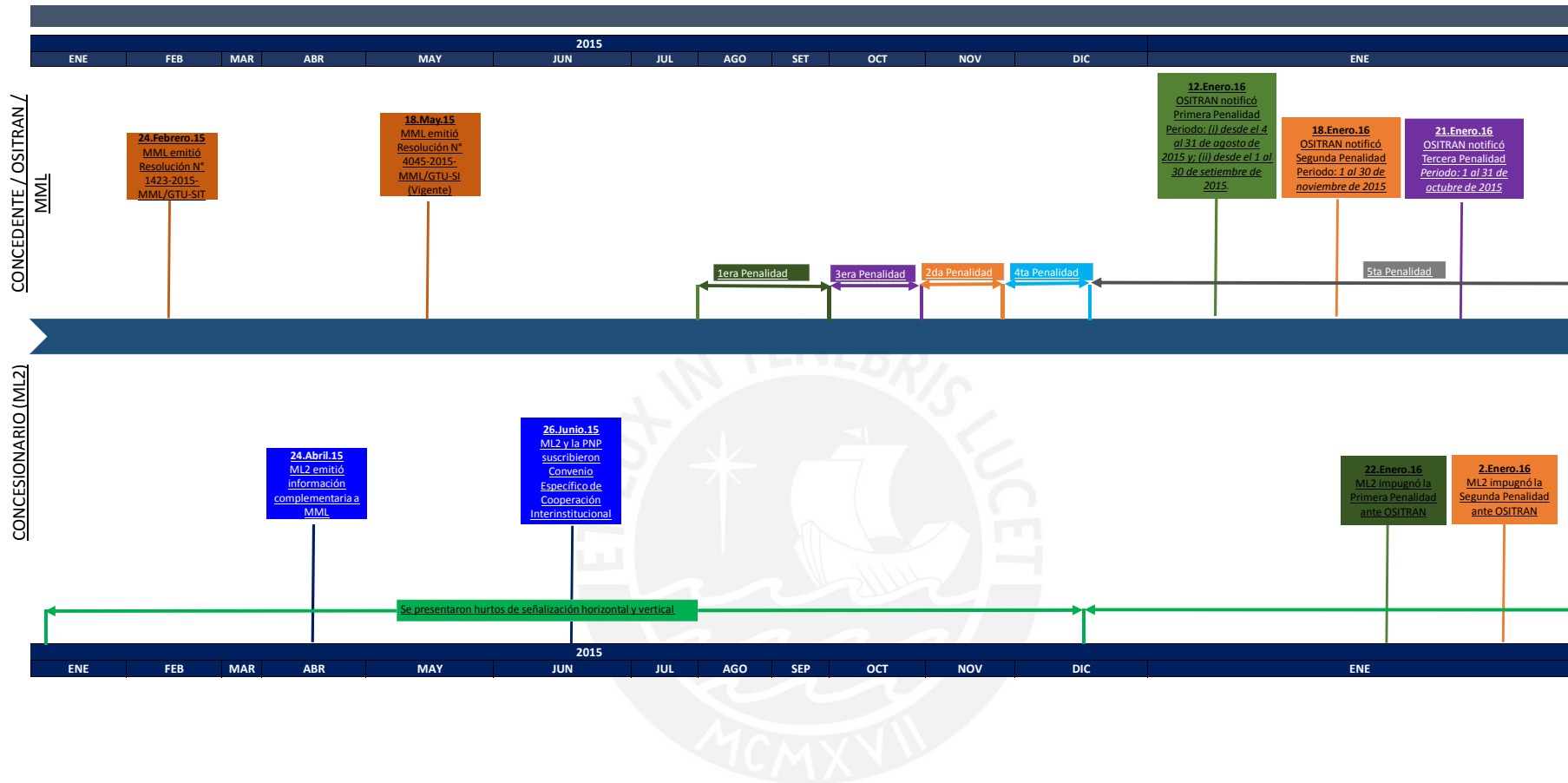
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.pdf>

## 7. ANEXO

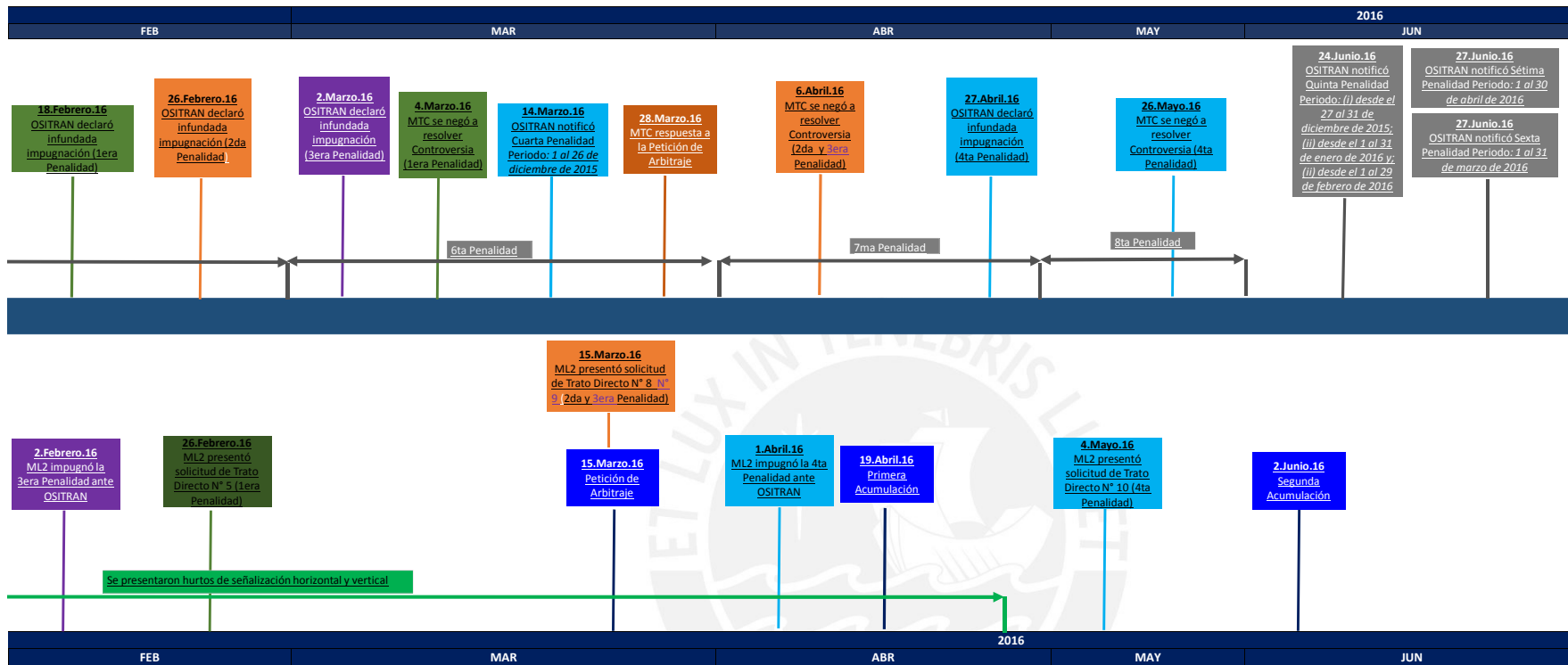
- Línea de tiempo respecto a la aplicación de las penalidades y el Proceso Arbitral

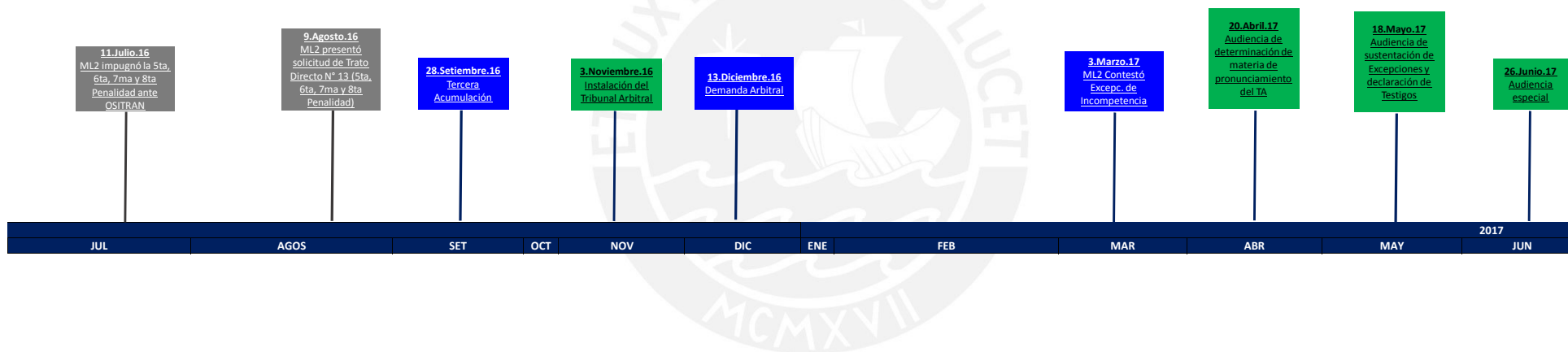
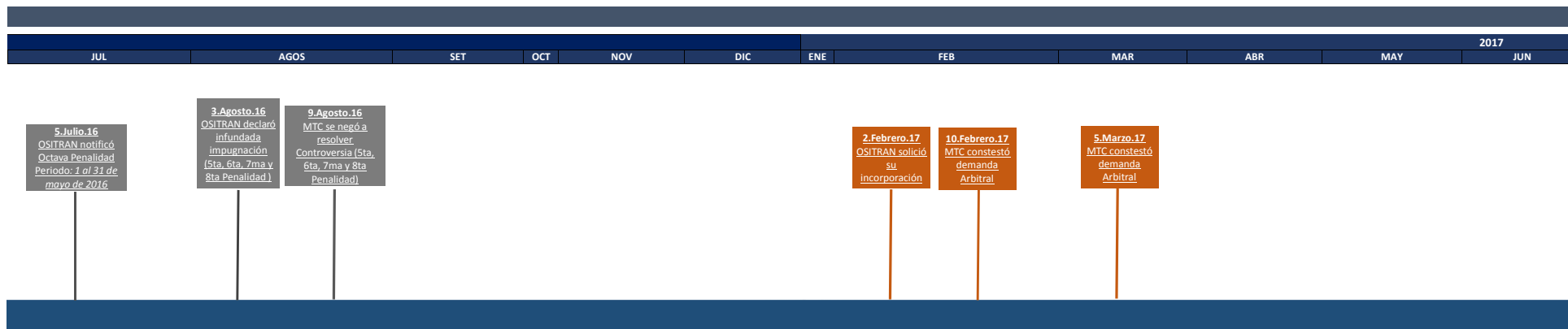






# LINEA DE TIEMPO DE LA APLICACIÓN DE LAS PENALIDADES Y EL PROCESO ARBITRAL





JUL	AGO	SET	OCT	NOV	DIC	2018 ENE

8.Setiembre.17  
MTC presentó  
alegatos finales

11.Setiembre.17  
OSITRAN presentó  
alegatos finales



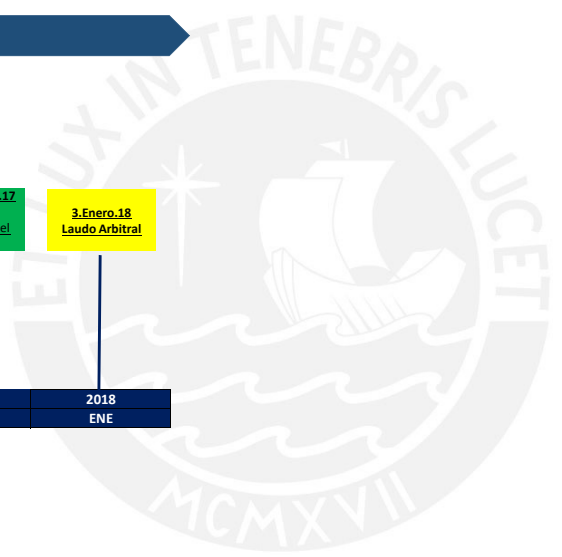
11.Setiembre.17  
ML2 presentó  
alegatos finales

17.Octubre.17  
Audiencia de  
Informes Orales

20.Diciembre.17  
Cierre de  
Instrucción del  
Proceso

3.Enero.18  
Laudo Arbitral

JUL	AGO	SET	OCT	NOV	DIC	2018 ENE
-----	-----	-----	-----	-----	-----	-------------



**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
CENTRO DE ARBITRAJE**

2018 ENE 3 AM 9 18

Caso Arbitral N° 0072 – 2016 – CCL

RECIBIDO  
NO ES SEÑAL DE  
CONFORMIDAD

Metro de Lima Línea 2 S.A.  
vs.  
Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Con intervención del:

Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte  
de Uso Público - OSITRAN

---

**LAUDO**

---

*Miembros del Tribunal Arbitral:*

Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez (Árbitro)  
Lourdes Flores Nano (Árbitro)

*Secretaría Arbitral:*

Anna Paula Tamayo Rios

Lima, 3 de enero de 2018


*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

## INDICE

- I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS
- II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL
- III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA
- IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE
- V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
- VI. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO
- VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO
- VIII. INCORPORACIÓN DE OSITRAN COMO TERCERO COADYUVANTE
- IX. ARGUMENTOS DEL TERCERO COADYUVANTE – OSITRAN
- X. CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN POR PARTE DE METRO
- XI. PUNTOS CONTROVERTIDOS
- XII. ACTUACIONES ARBITRALES
- XIII. CUESTIONES PREVIAS
- XIV. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA
- XV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA
- XVI. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS DE LA DEMANDA
- XVI. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES
- XVII. PARTE RESOLUTIVA

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cautuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

## **GLOSARIO DE TÉRMINOS**

<b>TÉRMINOS</b>	<b>ABREVIATURAS</b>
1 Metro de Lima Línea 2 S.A.	METRO/Concesionario
2 Ministerio de Transportes y Comunicaciones	MTC
3 Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público	OSITRAN
4 Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.	EI CENTRO
5 Decreto Legislativo N° 1071.	LEY DE ARBITRAJE
6 Proyecto: "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao.	PROYECTO
7 Contrato de Concesión para el diseño, financiamiento, construcción, equipamiento electromecánico, equipamiento de sistema y provisión de material rodante, operación y mantenimiento del Proyecto "Línea 2 y Ramal Av. Faucett – Av. Gambetta de la Red Básica del Metro de Lima y Callao".	CONTRATO
8 Municipalidad Metropolitana de Lima	MML
9 Gerencia de Transporte Urbano	GTU

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

## **RESOLUCIÓN N° 15**

Lima, 3 de enero de 2018

### **VISTOS:**

#### **I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS**

##### **1. Partes:**

- En calidad de Demandante: Metro de Lima Línea 2 S.A.
- En calidad de Demandado: Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC.

##### **2. Tercero Coadyuvante:**

- En calidad de Tercero Coadyuvante: Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.

##### **3. Representantes:**

- De METRO: Sra. Carmen Deulofeu Palomas.<sup>1</sup>
- Del MTC: Sr. Alan Carlos Alarcón Canchari.<sup>2</sup>
- De OSITRAN: Yessenia Paola Fuentes Andrade.<sup>3</sup>

##### **4. Abogados:**

- De METRO: Dr. Carlos Núñez Caballero, Dr. Sandro Espinoza Quiñones, Dra. Cinthya Paola Jiménez Chávez, Dra. Alessandra Iannacone Remotti, Dr. Julio Gonzalez-Cordova Castro y Dr. Richie Garaycott Ortiz.<sup>4</sup>
- Del MTC: Dr. Alfonso Roberto Carbajal Sánchez.<sup>5</sup>
- De OSITRAN: Dra. Ruth Elena Yupanqui Torres, Dr. Cesar Augusto Sotomayor Teves, Sofía Emperatriz Alcalde Poma y Dr. Luis Leonardo Llanos Orzco.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Según el Acta de Instalación.

<sup>2</sup> Ibídem.

<sup>3</sup> Según el Acta de la Audiencia de excepciones y testigos.

<sup>4</sup> Presentes en la Audiencia de Informes Orales de fecha 17 de octubre de 2017.

<sup>5</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> Ibídem.



Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano

## II. DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL

5. Surgidas las controversias entre las partes, METRO y el MTC designaron a sus respectivos árbitros. METRO nombró a Sergio Alberto Tafur Sánchez y el MTC a Lourdes Flores Nano, quienes a su vez se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, nombramiento que recayó en Fernando Cantuarias Salaverry.
6. El 3 de noviembre de 2016, según acuerdo entre las partes, se instaló el Tribunal Arbitral de manera presencial. En este acto se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y los gastos administrativos del CENTRO.

## III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

7. En la Cláusula Décimo Sexta del Contrato –referida a la solución de controversias– las partes acordaron lo siguiente:

### “SECCIÓN XVI: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[...]

**16.13 Modalidades de procedimientos arbitrales:**

[...]

*ii) Las Controversias No-Técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor a Treinta Millones y 00/100 de Dólares (US\$ 30 000 000,00) o su equivalente en moneda nacional, y aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a través de un procedimiento que se seguirá de conformidad con los Reglamentos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. Las Partes podrán someter las controversias a las reglas o procedimientos de otra institución distinta a la Cámara de Comercio de Lima, para ello se requerirá acuerdo expreso que deberá constar por escrito. El lugar del arbitraje será la ciudad de Lima, capital de la República del Perú; el idioma oficial a utilizarse será el castellano; y la ley aplicable, la ley peruana.*

8. Según los numerales 4 y 9 del Acta de Instalación que estableció las Reglas aplicables al arbitraje, el presente arbitraje es nacional, administrado y de derecho.
9. Asimismo, según el numeral 12 del Acta de Instalación que estableció las Reglas del Arbitraje, la ley aplicable al fondo de la controversia es la ley peruana.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

#### **IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE**

10. Según lo establecido en el Acta de Instalación, este arbitraje se rige de acuerdo a las reglas de dicha Acta y a los Reglamentos del CENTRO.

#### **V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

11. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
12. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

***“1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.”***

#### **VI. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

13. METRO interpuso su demanda a través del escrito presentado el 13 de diciembre de 2016.

##### **Petitorio**

*Primera Pretensión Principal:* Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.

*Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:* Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de octubre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 26 de diciembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, todo el mes de enero de 2016 y febrero 2016 (en relación al Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN) y por todo el mes de mayo de 2016 (Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN).

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Sexta Pretensión Principal: Que se ordene al Ministerio de Transportes y Comunicaciones pagar los costos y costas del presente arbitraje.

## **Fundamentos de Hecho y de Derecho**

### **Antecedentes de la Primera Pretensión Principal**

14. El 24 de febrero de 2015, la MML a través de la Sub Gerencia de Ingeniería de Tránsito, emitió la Resolución N° 1423-2015-MML/GTU-SIT, mediante la cual autorizó a METRO para que interfiera, de manera excepcional, las vías descritas en la autorización, debido a la ejecución de obras del PROYECTO. La autorización estaba supeditada a la presentación de la opinión favorable de EMAPE y otros documentos.
15. Así, el 20 de abril de 2015 METRO remitió a la MML los Planos de Desvíos y los Planos de Señalización, de acuerdo con lo solicitado. Posteriormente, el 24 de abril de 2015, mediante la Carta ML2-CARTA-0413, METRO presentó la opinión favorable de EMAPE.
16. El 25 de mayo de 2015, METRO fue notificado con la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, que modificó e incorporó de oficio nuevas obligaciones no previstas en la Primera Autorización.
17. Ante ello, METRO interpuso recurso de apelación contra la Segunda Autorización. En ese contexto, la Entidad competente decidió conservar el acto administrativo emitido mediante la Resolución N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, procediendo a su enmienda en cuanto corresponda.
18. El 12 de enero de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante la cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le interpuso una penalidad contractual de 116 UIT, por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento del Tránsito y Desvíos del Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO, producto de las evaluaciones practicadas por el Supervisor. Se imputaron los siguientes incumplimientos:
  - Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del Microdesvío correspondiente al PV-23.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

- Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
  - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
19. El 22 de enero de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0110, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, señalando que no se había cumplido con el procedimiento para aplicar una penalidad, pues no se le había intimado en mora.
20. El 18 de febrero de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 053-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.
21. El 26 de febrero de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0368, la solicitud de Trato Directo N° 5 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
22. El 4 de marzo de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 0860-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

### **Antecedentes de la Segunda Pretensión Principal**

23. El 18 de enero de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO.
24. En esa oportunidad, se imputaron los siguientes incumplimientos correspondientes a los días del 1 al 30 de noviembre de 2015:
- Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del Microdesvío correspondiente al PV-23.
  - Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

- Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
25. El 29 de enero de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0169, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN.
26. El 26 de febrero de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 067-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.
27. El 15 de marzo de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0511, la solicitud de Trato Directo N° 8 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
28. El 6 de abril de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 1222-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

### **Antecedentes de la Tercera Pretensión Principal**

29. El 21 de enero de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO.
30. En esa oportunidad, se imputaron los siguientes incumplimientos correspondientes a los días del 1 al 31 de octubre de 2015:
- Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del Microdesvío correspondiente al PV-23.
  - Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
  - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
31. El 2 de febrero de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0192, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

32. El 2 de marzo de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 074-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.
33. El 15 de marzo de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0512, la solicitud de Trato Directo N° 9 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
34. El 6 de abril de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 1221-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.


#### **Antecedentes de la Cuarta Pretensión Principal**

35. El 14 de marzo de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO.
36. En esa oportunidad se imputaron los siguientes incumplimientos correspondientes al periodo del 1 al 26 de diciembre de 2015:
- Supuesto incumplimiento 1: Falta de colocación de la totalidad de señales verticales y horizontales en el área del Microdesvío correspondiente al PV-23.
  - Supuesto incumplimiento 2: Falta de implementación de todos los puntos de control en las intersecciones de las rutas que conforman el Plan de Desvíos.
  - Supuesto incumplimiento 3: Falta de implementación del desvío de tráfico, de acuerdo al plan de Desvíos aprobado por la MML.
37. El 1 de abril de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-0637, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN.
38. El 27 de abril de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 067-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por METRO.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

39. El 4 de mayo de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-0889, la solicitud de Trato Directo N° 10 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
40. El 26 de mayo de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 2002-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

### **Antecedentes de la Quinta Pretensión Principal**

41. El 24 de junio de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 291-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 27 al 31 de diciembre de 2015, del 1 al 31 de enero de 2016 y del 1 al 29 de febrero de 2016.
42. Posteriormente, el 27 de junio de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 295-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 1 al 31 de marzo de 2016.
43. Ese mismo día, METRO fue notificado con el Oficio N° 296-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 1 al 30 de abril de 2016.
44. Finalmente, el 5 de julio de 2016, METRO fue notificado con el Oficio N° 311-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización le aplicó una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de Concesión relativa al PV-23 de la Etapa 1A del PROYECTO durante el periodo del 1 al 31 de mayo de 2016
45. El 11 de julio de 2016, METRO mediante Carta N° ML2-SPV-CARTA-2016-1388, presentó ante OSITRAN una impugnación de naturaleza contractual respecto de la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN.
- 



*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

46. El 3 de agosto de 2016, OSITRAN mediante Oficio N° 243-16-GG-OSITRAN, declaró infundada la impugnación de naturaleza contractual interpuesta por el METRO.
47. El 9 de agosto de 2016, METRO presentó al MTC, mediante la Carta N° ML2-CARTA-2016-1578, la solicitud de Trato Directo N° 13 sobre la invalidez de la aplicación de las penalidades contractuales en la ejecución de la obligación contractual de Mantenimiento de Tránsito y Plan de Desvíos.
48. El 9 de setiembre de 2016, METRO es notificado con el Oficio N° 3542-2016-MTC/25, por medio del cual el MTC se niega definitivamente a resolver la controversia en la vía de Trato Directo.

### **La Naturaleza civil de las penalidades**

49. METRO sostiene que de acuerdo con la cláusula 17.12 del CONTRATO y el artículo 3 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, las penalidades tienen naturaleza civil.
50. Alega que debe diferenciarse una multa administrativa de una penalidad contractual.
51. METRO señala que el régimen de penalidades tiene un origen contractual o consensuado entre las partes de un contrato. Si bien reconoce que es una figura reconocida legalmente, su inclusión en el contrato dependerá solamente de la voluntad de las partes. Hecho que difiere con la potestad sancionadora que depende únicamente de la ley.
52. Según METRO, otra diferencia radica en que las penalidades tienen como finalidad determinar anticipadamente la cuantificación de la indemnización que pudiera corresponder ante el daño generado por el incumplimiento del CONTRATO. Mientras que, el régimen sancionador tiene como función castigar a los particulares por la comisión de una conducta repudiada por el ordenamiento.
53. Adicionalmente, señala que el procedimiento para la aplicación de las penalidades se puede establecer en el contrato, pero en el caso de las multas solamente se puede seguir el procedimiento estipulado en la ley.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

54. Finalmente, señala que dada su naturaleza contractual y civil, las penalidades son arbitrables. Inclusive, alega que OSITRAN en ciertos casos ha aceptado expresamente la naturaleza civil de las penalidades contractuales.
55. En ese contexto, METRO cita el caso de la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., el caso de la Concesionaria Vial del Sol S.A. y el caso de Transportadora Callao S.A., en los que OSITRAN ha reconocido de manera expresa que las penalidades de los contratos de concesión tienen origen civil y contractual. Por lo tanto, son arbitrables.

### **Fundamentos de derecho**

56. METRO fundamenta su demanda en los siguientes 2 argumentos: i) El indebido procedimiento para la aplicación de las penalidades; y, ii) Una errónea fiscalización sobre la base de un Plan de Desvíos no actualizado en relación a los Microdesvíos pertenecientes al Plan de Desvíos y el desconocimiento por parte de OSITRAN de la naturaleza dinámica y referencial de los Microdesvíos que forman parte del Plan de Desvíos.

### **Sobre el indebido procedimiento para la aplicación de penalidades**

57. Al respecto, METRO señala que la penalidad por el incumplimiento en el Mantenimiento del Tránsito y Desvíos del Tráfico prevista en el Anexo N° 10 del CONTRATO tiene un criterio diario, pues por cada día de incumplimiento se penalizará con 2 UIT.
58. A fin de sustentar su posición, METRO alega que la sub-cláusula 17.13 del CONTRATO establece que "el regulador comunicará al Concedente y el Concesionario del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes". En virtud a ello, sostiene que debe haber una comunicación oportuna del incumplimiento, pues de no imputarse el incumplimiento, el Concedente no puede imponer una penalidad por dicho incumplimiento.
59. Adicionalmente, sostiene que la referida comunicación supone una intimación o constitución en mora. Lo cual, es un requisito contractualmente previsto para el inicio del devengo de penalidades. Agrega que la comunicación es el mínimo requisito para OSITRAN, pues le permite al Concesionario corregir su situación de incumplimiento y evitar mayores consecuencias.
60. En virtud a lo señalado, METRO afirma que OSITRAN le impuso penalidades sin intimarlo ni constituirlo previamente en mora y sin darle posibilidad de cumplir con lo dispuesto en la cláusula 15.31 del CONTRATO, vulnerando su derecho de subsanar la supuesta situación de incumplimiento.



*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

61. Asimismo, METRO advierte que OSITRAN niega que deba intimarlo en mora a pesar de encontrarse frente a una penalidad contractual de naturaleza civil. Dada dicha naturaleza, METRO sostiene que resulta aplicable el artículo 1333 del Código Civil que establece que "incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación".
62. METRO alega, citando a Rene Ramos y a Jorge Peirano, que es necesaria la interpelación en mora para que procesa la aplicación de una penalidad en aquellos casos en donde no se ha excluido expresamente. Por lo tanto, afirma que no es posible sostener que OSITRAN puede aplicar penalidades sin advertir previamente el incumplimiento.
63. Así, METRO sostiene que OSITRAN, sin previo aviso, le ha interpuesto penalidades agrupadas bajo un criterio mensual por el incumplimiento de obligaciones; sin embargo, debido a que la penalidad era diaria, OSITRAN debió notificar el incumplimiento diario a fin que el Concesionario procesa a subsanar el incumplimiento. Inclusive, alega que OSITRAN lo notificó hasta 5 meses después del incumplimiento y agrupando periodos hasta por 60 días.
64. Por lo tanto, METRO concluye que se ha vulnerado el procedimiento para imponer una penalidad, al no haber sido constituido en mora en ningún momento y por ende, no haber sido advertido el supuesto incumplimiento, colocándolo en un estado de indefensión probatoria.

### **Sobre la errónea fiscalización de OSITRAN**

65. METRO argumenta su posición sobre la base de tres puntos: i) fiscalizar sobre la base de un Plan de Desvíos no Actualizado; ii) no tomar en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad, específicamente los hurtos que se produjeron respecto a la señalización vertical y horizontal; y, iii) no tomar en consideración el hecho determinante de un tercero como causa de exoneración de responsabilidad en lo referido al control policial.

### **Fiscalizar sobre la base de un Plan de Desvíos desactualizado**

66. Al respecto, METRO sostiene que el Regulador aplicó las penalidades tomando en consideración informes elaborados por el Supervisor, pero sin considerar que dichos informes estaban referidos a un periodo de evaluación en el cual ya se encontraban vigentes nuevos planos del Microdesvío.
67. METRO alega que la fiscalización se llevó a cabo tomando como referencia los Microdesvíos contenidos en el EDI; sin embargo, estos habían sido modificados.
- 
- 

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

Así, el 27 de marzo de 2015 se presentó el EDI, que contenía el Plan de Desvíos compuesto a su vez por Macrodesvíos y Microdesvíos.

68. Sobre el particular, METRO sostiene que los Microdesvíos tienen una naturaleza referencial y dinámica. En ese sentido, la señalización vertical y horizontal ha sido ajustada y actualizada durante la implementación del Plan en coordinación con la Gerencia de Transporte Urbano de la MML y AATE.
69. METRO alega que el Supervisor estaba al tanto de la modificación y que además, existía un procedimiento de comunicación de actualizaciones de los planos de Microdesvíos. Hecho que era de pleno conocimiento de OSITRAN.
70. METRO señala que el dinamismo de los Microdesvíos fue informado a AATE y al Supervisor en la reunión del 28 de agosto de 2015, como consta en el Acta N° CJV.ARP-00007-15.
71. Mediante el Informe N° 017-16-GAJ-OSITRAN, OSITRAN señala que para modificar el Plan de Desvíos es necesario modificar el EDI. Al respecto, METRO alega que ha sido penalizado de manera errónea sobre la base de documentos desactualizados, pues es evidente que si OSITRAN los inspeccionaba con el Plan de Desvíos del EDI, se iba a encontrar con una realidad distinta.
72. Adicionalmente, METRO sostiene que la única competente para actualizar y modificar el Plan de Desvíos es la GTU de la MML. Ello ha sido ratificado por la propia AATE en la Resolución Directoral N° 042-2016-MTC/33.1.
73. Por lo tanto, METRO considera que la penalización de OSITRAN deja de lado la naturaleza dinámica y referencial de los Microdesvíos y no ha existido ningún incumplimiento por su parte, pues se ha cumplido con actualizar los Planes de Desvío.

#### **Sobre los Hurtos como causa de exoneración de responsabilidad**

74. Al respecto, METRO alega que OSITRAN no ha considerado evaluar la imputabilidad en relación a la falta de disponibilidad de señales horizontales y verticales, pues no toma en cuenta los hurtos reiterados que se han producido, a pesar de las medidas de seguridad adoptadas.
75. METRO señala que de manera constante denunciaba los hurtos ante la Policía Nacional del Perú; por lo que se encontraría en el supuesto de un hecho determinante de un tercero que fractura el nexo causal. Hecho que lo exime de responsabilidad.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

76. A efectos de argumentar su posición, METRO acude a lo regulado en el artículo 1343 del Código Civil, que señala que solo puede ejecutarse la penalidad si el incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor. Hecho que no se ha producido en este caso debido al hurto de las señales verticales y horizontales.

### **Sobre el control policial**

77. METRO señala que OSITRAN lo ha penalizado por no implementar el control policial en la zona de la obra. Al respecto, sostiene que el artículo 51 de la Ordenanza N° 1680-MML establece que se le exonerará de responsabilidad en la implementación policial, en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Lo cual, se debe contrastar con el artículo 1317 del Código Civil que sigue la misma línea.

78. Adicionalmente, METRO sostiene que actuó de manera diligente pues suscribió un convenio con la Policía a fin de que pueda brindar el apoyo correspondiente. Por lo tanto, al amparo del artículo 1314 del Código Civil, no sería imputable por la inexecución de dicha obligación.

79. Finalmente, alega que de acuerdo con la Cuarta Disposición Complementaria Final del D.S. N° 069-2013-EF, la presencia policial está condicionada a la asignación de los efectivos en otras zonas distintas al PROYECTO, así como a la disponibilidad de efectivos. Por lo tanto, se encuentran ante un hecho determinante de un tercero que fractura el nexo causal, lo que exime de responsabilidad.

### **Sobre la pretensión subordinada**

80. Al respecto, METRO se ampara en lo establecido en el artículo 1346 del Código Civil que establece que se puede reducir la pena contenida en la cláusula penal, cuando esta es manifiestamente excesiva o cuando el obligado ha cumplido con parte de la prestación a su cargo.

81. En los incumplimientos imputados a METRO no se ha señalado si hubo o un incumplimiento total o sustancial. Sobre este punto, METRO alega que el Mantenimiento del Tránsito se ha producido de manera constante todo este tiempo.

82. Adicionalmente, sostiene que se deben tomar en cuenta 4 situaciones: i) el indebido procedimiento para aplicar las penalidades; ii) fiscalizar en base a un Plan de Desvíos desactualizado; iii) No tomar en consideración los hechos determinantes de un tercero, específicamente los hurtos de las señales verticales y horizontales; y, iv) No tomar en consideración el hecho determinante de un tercero en el control policial.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*


83. Agrega que, en el supuesto negado que se haya producido un incumplimiento, este representa un porcentaje menor al de dichas obligaciones contenidas en el Plan de Desvíos, pues el Control Policial depende de la disponibilidad de la institución y la señalización vertical y horizontal representan un porcentaje mejor de la obligación incumplida. Por lo tanto, en virtud al artículo 1346 del Código Civil, el Tribunal Arbitral debería reducir las penalidades impuestas.

## **VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO**

84. El 10 de febrero de 2017, el MTC presentó su contestación de demanda y planteó una excepción de incompetencia.

### **Fundamentos de Hecho y de Derecho**

#### **Sobre la improcedencia de la demanda (excepción de incompetencia)**

85. El MTC señala que es imposible arbitrar las penalidades impuestas por OSITRAN pues no es cierto que las penalidades tengan naturaleza civil y contractual debido a que las mismas se materializan a través de actos administrativos que producen efectos contractuales. Por ello, al encontrarnos frente a una materia no disponible, la controversia no es arbitrable.
86. Por otro lado, alega que en la cláusula 17.14 del CONTRATO se establece que las penalidades se podrán impugnar ante OSITRAN y el pronunciamiento que resuelve la impugnación "tendrá carácter de definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por el concesionario". El MTC sostiene que se ha excluido la posibilidad de cuestionar el pronunciamiento de OSITRAN; por lo que METRO debe respetar el CONTRATO.
87. El MTC afirma que su interpretación ha sido reconocida en el Caso Arbitral N° 2979-2014-CCL (APM Terminals S.A. vs. Ministerio de Transportes y Comunicaciones), pues en el laudo se afirma que las partes se han apartado de la sección de resolución de controversias establecida en el contrato. El tribunal arbitral de ese caso concluyó que las partes han establecido un procedimiento distinto para resolver las controversias relacionadas con la aplicación de las penalidades; por lo que es imposible incluir la controversia en el convenio arbitral.
88. El MTC alega que el referido caso resulta aplicable, pues las cláusulas de penalidades previstas en ambos contratos de concesión establecen las mismas regulaciones; por lo tanto, las controversias entorno a las penalidades deben quedar excluidas de los mecanismos de solución de controversias previstos en el CONTRATO.
- 

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

89. El MTC señala que el acto administrativo que se emite para penalizar a METRO se emite para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por las partes en el CONTRATO y es dicho instrumento contractual el que le da contenido al acto administrativo.
90. Además, agrega que en el mecanismo de solución de controversias contemplado en el CONTRATO, las partes han excluido expresamente lo resuelto por OSITRAN respecto a la impugnación de penalidades. En primer lugar, porque dicha impugnación constituye el único mecanismo contractualmente previsto. Pero, adicionalmente, la decisión que emite OSITRAN constituye un acto que se emite en el ejercicio de una función de supervisión. Por lo tanto, se debe declarar improcedente la demanda en tanto cuestiona actos administrativos en los que OSITRAN resolvió las impugnaciones por la aplicación de penalidades.
91. Finalmente, el MTC sostiene que el propio METRO ha reconocido la naturaleza administrativa de la penalidad, pues presentó una impugnación ante la Gerencia General de OSITRAN y recién decidió iniciar el mecanismo de solución de controversias pactado en el CONTRATO cuando le rechazaron la impugnación.

#### **Contestación a los argumentos de fondo**

92. Al respecto, el MTC señala que a partir de la toma de posesión de un área determinada del PROYECTO, se desprenden una serie de obligaciones para el Concesionario. Entre ellas, METRO es responsable de la elaboración, tramitación, gestión y cumplimiento del Plan de Desvíos.
93. En relación con las penalidades contractuales, el MTC sostiene que los artículos 17.12 y 17.13, leídos de manera conjunta con la tabla N° 2 del Anexo 10 del CONTRATO, permite que OSITRAN establezca penalidades contractuales por el incumplimiento en el Mantenimiento del Tránsito y Desvío del Tráfico.

#### **Sobre la intimación en mora para la aplicación de la penalidad**

94. Con respecto a lo señalado por METRO sobre la intimación en mora, el MTC señala que el procedimiento establecido para la aplicación de penalidades es el regulado en las cláusulas 17.12 a la 17.16 del CONTRATO. Dicha regulación establece que OSITRAN primero determine y verifique el incumplimiento de una obligación y luego calcule el monto de la penalidad sobre la base de lo dispuesto en el CONTRATO.
95. El MTC específicamente sostiene que de la cláusula 17.3 del CONTRATO, se desprende que la voluntad de las partes fue pactar que frente a la imputación y verificación del incumplimiento, procede la aplicación de penalidades, sin necesidad de intimación en mora previa. La única exigencia establecida para

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

OSITRAN es acreditar el incumplimiento imputado, como se ha producido en el presente caso con los informes del Supervisor.

96. Adicionalmente, el MTC alega que en virtud al artículo 1333 del Código Civil, no es necesario intimar en mora cuando la ley o el pacto lo establezcan, tal como ha ocurrido en el CONTRATO, pues las partes regularon que la aplicación de las penalidades era inmediata en caso de evidenciarse algún incumplimiento contractual.
97. En ese contexto, la cláusula 6.74 del CONTRATO establece que METRO es responsable del Plan de Desvíos y la cláusula 17.14 dispone que en caso OSITRAN verifique el incumplimiento de obligaciones contractuales, aplicará las penalidades contenidas en el Anexo N° 10 del CONTRATO. Además, señala que la subsanación del incumplimiento es independiente de la aplicación de las penalidades. Por lo tanto, concluye que OSITRAN ha seguido estrictamente el procedimiento contractual establecido en el CONTRATO, con lo que queda desvirtuada la alegación de METRO.

#### **Sobre el supuesto de hecho materia de la penalidad**

98. El MTC señala que el Plan de Desvíos tiene como objetivo minimizar las afectaciones al tránsito como consecuencia de la obra. En ese contexto, el 22 de diciembre de 2012, METRO presentó a la MML el Plan de Desvíos correspondiente a la Etapa 1A. Dicho plan, contemplaba los trabajos de señalización vertical y horizontal, así como la presencia policial en las intersecciones críticas de las rutas que forman parte del plan.
99. Al respecto, el MTC sostiene que el Mantenimiento del Tránsito incluye tres elementos: i) implementación de señalización horizontal; ii) implementación de señales verticales; y, iii) control policial. Por su parte, el desvío de tránsito está compuesto por las rutas que evitan las zonas de obra. Ello se condice con lo establecido en las resoluciones aprobadas por la MML.

#### **Sobre la aplicación de las penalidades**

100. Sobre la primera pretensión, el MTC señala que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días 4 de agosto al 30 de setiembre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 58 días del Plan de Desvíos del PV-23.



*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

101. En ese contexto, OSITRAN mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 116 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 053-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
102. En relación con la segunda pretensión, el MTC sostiene que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 1 al 30 de noviembre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 30 días del Plan de Desvíos del PV-23.
103. Así, OSITRAN mediante el Oficio N° 0020-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 60 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 067-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
104. Sobre la tercera pretensión, el MTC alega que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 1 al 31 de octubre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 31 días del Plan de Desvíos del PV-23.
105. En ese contexto, OSITRAN mediante el Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 62 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 074-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
106. Con respecto de la cuarta pretensión, el MTC sostiene que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 1 al 26 de diciembre de 2015 que acreditan el incumplimiento durante 26 días del Plan de Desvíos del PV-23.
107. Por ello, OSITRAN mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, interpuso la penalidad de 52 UIT a METRO por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO. Posteriormente, mediante Oficio N° 146-16-GG-OSITRAN se resolvió la impugnación planteada por METRO, confirmando la penalidad.
108. En relación a la quinta pretensión, el MTC sostiene que el Supervisor emitió informes correspondientes a los días del 26 al 31 de diciembre de 2015 y del 01 de enero al 31 mayo de 2016 que acreditan el incumplimiento durante 157 días del Plan de Desvíos del PV-23.
109. En ese contexto, OSITRAN mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, interpuso penalidades por 314 UIT a METRO, por incumplimiento de lo establecido en la cláusula 6.74 del CONTRATO.

### **Sobre la naturaleza dinámica y referencial del Plan de Desvíos**

110. Al respecto, el MTC señala que para la modificación del Plan de Desvíos, METRO debe solicitar formalmente su modificación a la MML. Sin embargo, a la fecha, METRO no ha presentado ningún documento que acredite la existencia de un pronunciamiento de la MML al respecto.
111. El MTC alega que OSITRAN ha fiscalizado el cumplimiento del CONTRATO sobre la base de lo aprobado por la MML en las Resoluciones de Sub Gerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT. Por lo tanto, al no haber sido modificadas, la imposición de las penalidades es correcta y queda desvirtuado el argumento de METRO.

### **Sobre la aplicación diaria de las penalidades**

112. Sobre el particular, el MTC sostiene que OSITRAN ha actuado en estricto cumplimiento del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN. En virtud al artículo 15 del referido Reglamento, OSITRAN ha efectuado una verificación de manera continua y ha emitido informes periódicos.
113. El MTC afirma que METRO si tenía conocimiento de la supervisión y fiscalización permanente del cumplimiento del CONTRATO pues, mediante el Oficio N° 2028-2015-GSF-OSITRAN, se detectó el incumplimiento del Plan de Desvío del PV-23 desde el 30 de junio hasta el 3 de julio y del 6 de julio al 3 de agosto de 2015. Al conocer ese hecho, el MTC sostiene que METRO pudo haber rectificado su actuar desde dicha fecha y cumplir con sus obligaciones.
114. Por lo tanto, lo señalado por METRO en cuanto a la aplicación diaria de las penalidades, debe quedar desvirtuado, pues el Supervisor ha actuado en estricto cumplimiento a la normativa vigente.

### **Sobre los hurtos de la señalización**

115. Al respecto, el MTC afirma que la aplicación de las penalidades está sustentada en los informes preparados por el Supervisor y que METRO no ha podido acreditar de manera fehaciente el robo de las señales. Adicionalmente, en los informes que resolvieron la impugnación planteada por METRO ante la aplicación de las penalidades, se concluyó que el hurto no desvirtúa el incumplimiento a la implementación de la señalética.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

### **Sobre las pretensiones subordinadas**

116. El MTC señala que la obligación está referida tanto al Desvío de Tráfico como al Mantenimiento del Tránsito, que incluye trabajos de señalización horizontal y vertical, y la presencia policial. Agrega que, el Supervisor ha acreditado el incumplimiento de dicha obligación desde el 4 de agosto de 2015 al 31 de mayo de 2016; por lo que, correspondía aplicar una penalidad diaria de 2 UIT de acuerdo con lo establecido en el CONTRATO.
117. Asimismo, sostiene que OSITRAN no está facultado para aplicar una penalidad que represente una porción o porcentaje de las 2 UIT, puesto que ello implicaría una modificación del CONTRATO.
118. En la misma línea, argumenta que el Tribunal Arbitral tampoco podría reducir la penalidad, debido a que ello implicaría una modificación contractual. Hecho que solo se podría producir por el común acuerdo de las partes intervinientes en el CONTRATO.
119. El MTC alega que en todos los casos que se impuso una penalidad, METRO ha incumplido los cuatro componentes que forman el Plan de Desvíos, lo que debilitaría la solicitud de METRO. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral debería rechazar el pedido formulado en la demanda.
120. El MTC afirma que el artículo 1346 del Código Civil no es aplicable en el presente caso, puesto que sería contradictorio con lo regulado en el CONTRATO. En ese sentido, la penalidad a imponerse a METRO por el incumplimiento del Plan de Desvío es de 2 UIT diarias.
121. Finalmente, el MTC considera que no basta que METRO alegue cumplir con uno de los componentes del Plan de Desvíos para eximirse de la ejecución de la penalidad pactada en el CONTRATO. Por lo expuesto, se debe desestimar la pretensión subordinada.

### **VIII. INCORPORACIÓN DE OSITRAN COMO TERCERO COADYUVANTE**

122. OSITRAN solicitó, por medio del escrito del 2 de febrero de 2017, intervenir en el arbitraje como tercer coadyuvante del MTC. Ello, al amparo de lo establecido en la Ley N° 26917, Ley del OSITRAN y el Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

*Tribunal Arbitral*

*Fernando Cantuarias (Presidente)*

*Sergio Tafur Sánchez*

*Lourdes Flores Nano*

123. Por su parte, el MTC, en su escrito de contestación de demanda, solicitó que se incorpore a OSITRAN al arbitraje pues dicho organismo había aplicado las penalidades contractuales materia de la controversia.
124. En tanto, METRO mediante el escrito del 16 de febrero de 2017 se opuso a la solicitud de OSITRAN debido a que su participación en el arbitraje era contraria a la misión de la referida Entidad y no se vería afectado funcional ni económicamente por el laudo que emita el Tribunal Arbitral.
125. El Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 4, mediante la que admitió a OSITRAN como tercero coadyuvante del MTC.

#### **IX. ARGUMENTOS DEL TERCERO COADYUVANTE – OSITRAN**

126. El 5 de marzo de 2017, OSITRAN presentó un escrito con sus argumentos en calidad de tercero coadyuvante del MTC.

##### **Sobre la arbitrabilidad de las penalidades**

127. OSITRAN sostiene que las penalidades que le impuso a METRO no son de naturaleza civil como se afirma en la demanda. Por el contrario, afirma que si se toma en cuenta que OSITRAN fue quien las impuso, estas no tienen naturaleza civil porque no han sido interpuestas por una parte del CONTRATO.
128. En la misma línea, OSITRAN señala que las penalidades han sido interpuestas en el marco de su potestad sancionadora que se regula por sus propias normas. Alega que si las penalidades fueran contractuales, las debió haber puesto el MTC.
129. OSITRAN afirma que las penalidades no han sido impuestas de forma arbitraria, pues se han sujetado a un debido procedimiento que se originó luego de que METRO absolvió las observaciones que se le plantearon.
130. OSITRAN argumenta que de acuerdo con la cláusula 17.14 del CONTRATO, el concesionario podrá impugnar la aplicación de penalidades y el pronunciamiento respecto a la impugnación tendrá carácter definitivo y no estará sujeto a reclamación alguna por parte de METRO.
131. Por otro lado, OSITRAN sostiene que la vía para cuestionar la imposición de penalidades por parte de OSITRAN es la impugnación, que se produce en el ámbito administrativo. Una vez resuelta la impugnación, de acuerdo con el CONTRATO, no cabe reclamo alguno. Por lo tanto, OSITRAN concluye que el

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

camino a seguir es el proceso contencioso administrativo, en caso METRO no estuviera de acuerdo con lo resuelto por OSITRAN.

132. Además, OSITRAN señala que solamente mediante el proceso contencioso administrativo se pueden cuestionar las actuaciones de la administración pública a fin de que un juez revise lo resuelto por la administración. Ello, teniendo en cuenta que la imposición de la penalidad constituye un acto administrativo de acuerdo con el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

133. Por lo tanto, OSITRAN señala que la materia del Arbitraje no es susceptible de ser resuelta en esta vía; por lo que se debería declarar improcedente la demanda.

### **Sobre la intimación en mora para la aplicación de penalidades**

134. Al respecto, OSITRAN señala que según las cláusulas 17.12 a la 17.17 del CONTRATO, se encuentra facultado para aplicar las penalidades establecidas en el CONTRATO en caso de un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario sin necesidad de intimarlo en mora.

135. Además, OSITRAN argumenta que la intimación en mora se produce en el ámbito estrictamente civil; sin embargo, la aplicación de penalidades se produce en el ámbito administrativo.

136. OSITRAN afirma que la intimación en mora busca i) otorgar un plazo adicional para el cumplimiento de la prestación; y, ii) dar origen a los intereses moratorios. Ninguno de los objetivos se relacionan con la aplicación de penalidades del presente caso.

137. OSITRAN alega que el CONTRATO no exige la constitución en mora porque estamos ante la verificación de un supuesto de hecho que va a generar un acto que tiene como único fin imponer una penalidad.

138. Por otro lado, OSITRAN sostiene que METRO no ha desvirtuado la responsabilidad por el incumplimiento del Mantenimiento de Tránsito y el Desvío de Tráfico. Por lo tanto, considera que debe desestimarse la demanda en todos sus extremos.

### **X. CONTESTACIÓN A LA EXCEPCIÓN POR PARTE DE METRO**

139. METRO contestó la excepción de incompetencia propuesto por el MTC, por medio del escrito presentado el 3 de marzo de 2016.

### **Sobre la excepción de incompetencia**

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

140. METRO señala que la posición del MTC carece de sustento puesto que no pueden cuestionar las penalidades en ninguna sede jurisdiccional. Con ello, sostiene la labor de OSITRAN sería la de juez y parte.
141. METRO alega que la interpretación planteada por el MTC es inconstitucional, pues el derecho de acción es irrenunciable y el pacto de las partes no puede limitarlo. Asimismo, sostiene que lo resuelto en el caso APM Terminal vs. MTC no es vinculante para el Tribunal Arbitral, puesto que en el Arbitraje no existe el término jurisdicción, que obligaría a tomar en cuenta lo resuelto por otro tribunal arbitral.
142. METRO argumenta que el Tribunal Arbitral debe interpretar la cláusula 17.14 del CONTRATO conforme con la Constitución y debe declararse competente para resolver la controversia.

### **Sobre la arbitrabilidad de la controversia**

143. Al respecto, METRO señala que las penalidades tienen una naturaleza contractual; por lo que resultan arbitrables. A fin de sustentar su posición, cita el Laudo del Caso Arbitral N° 3169-2015-CCL (Obrainsa Concesión Valle del Zaña S.A. vs. MTC), que declaró infundada la excepción de incompetencia presentada con los mismos argumentos que en este caso.
144. METRO reafirma su posición respecto a que las penalidades aplicadas por OSITRAN son penalidades contractuales de naturaleza civil pues la facultad otorgada a OSITRAN surge del CONTRATO y no por mandato de la ley. Por lo expuesto, se debe declarar infundada la excepción de incompetencia.

## **XI. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

145. Mediante el Acta de la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral del 20 de abril de 2017, el Tribunal Arbitral procedió a fijar los puntos controvertidos materia de la presente controversia:

*Respecto de la excepción de incompetencia deducida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Tribunal Arbitral dispone reservar el pronunciamiento sobre ella para una Resolución posterior, pudiendo incluso pronunciarse sobre estos aspectos junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia.*

*Primera Pretensión Principal:* *Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante*

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no que se deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de octubre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 26 de diciembre de 2015.

Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no dejar sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N°

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, todo el mes de enero de 2016 y febrero 2016 (en relación al Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN) y por todo el mes de mayo de 2016 (Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN).

Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no la reducción de las penalidades interpuestas mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

En el laudo, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse acerca de las costas y costos de este arbitraje y su eventual condena entre las partes.

146. Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará son referenciales y que están dirigidos a una lectura más simple, y que por ello el Tribunal Arbitral está facultado a omitir, ajustar o interpretar dichas cuestiones a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere invalidez de ningún tipo.
147. A su vez, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a modificar, con conocimiento de las partes, los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento a raíz de hechos nuevos. De presentarse tal situación, se concederá a las partes un plazo razonable para ajustar sus posiciones a cualquier cambio que sea necesario, con el propósito de garantizar un pleno y adecuado derecho de defensa.
148. Mediante este mismo acto, el Tribunal Arbitral admitió todas las pruebas presentadas por las partes. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otra prueba que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el artículo 43° del Reglamento de Arbitraje del CENTRO.

## **XII. ACTUACIONES ARBITRALES**

149. El 20 de abril de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia de Determinación de Cuestiones Materia de Pronunciamiento del Tribunal Arbitral.



*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

150. El 18 de mayo de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia de sustentación de Excepciones y declaración de Testigos.
151. El 26 de junio de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia Especial.
152. El 8 de setiembre de 2017, el MTC presentó sus alegatos finales. Por su parte, el 11 de setiembre de 2017, OSITRAN y METRO hicieron lo propio.
153. El 17 de octubre de 2017, se realizó – con la presencia de las partes – la Audiencia de Informes Orales.
154. A instancia del Tribunal Arbitral, las partes presentaron prueba documental adicional, la misma que fue puesta en conocimiento recíproco de las partes, a efectos de que se pronunciaran.
155. Mediante Resolución N° 14 de 20 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral declaró cerrada la instrucción del proceso y dispuso el plazo de treinta (30) días hábiles para emitir el laudo.
156. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

### **CONSIDERANDO:**

#### **XIII. CUESTIONES PREVIAS**

157. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
  - Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.
  - En ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
  - Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar sus pruebas.
  - Las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e informar oralmente.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

- El Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

#### **XIV. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA**

158. El MTC sustenta la excepción de incompetencia en dos argumentos: i) las partes acordaron en el CONTRATO que la decisión final de OSITRAN respecto de las penalidades es definitiva y no está sujeta a reclamación alguna; y, ii) la materia en controversia no es arbitrable. Por su parte, OSITRAN sostiene que i) la vía para impugnar las penalidades es el proceso contencioso administrativo; ii) la materia en controversia no es arbitrable.

159. En este contexto, en primer lugar, a este Colegiado le corresponde determinar si las partes renunciaron a la jurisdicción (sea esta judicial o arbitral); es decir, si la decisión final de OSITRAN respecto de las penalidades es definitiva y no está sujeta a reclamación alguna.

160. Al respecto, la cláusula 17.14 del CONTRATO establece lo siguiente:

*"17.14. El CONCESIONARIO podrá impugnar la imposición de la penalidad, por escrito y con el respectivo sustento, ante el Regulador, en un plazo máximo de diez (10) Días, contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación.*

*El Regulador contará con un plazo máximo de quince (15) Días para emitir su pronunciamiento debidamente fundamentado. En caso que, vencido el plazo antes indicado, el Regulador no emita pronunciamiento alguno, se entenderá por denegada la impugnación presentada. La decisión del Regulador tendrá el carácter definitivo y no estará sujeta a reclamación alguna por parte del CONCESIONARIO".*

161. Este Colegiado considera que si bien es cierto que la cláusula en mención señala que "la decisión del regulador es definitiva y no estará sujeta a reclamación alguna", no es posible concluir, bajo una interpretación constitucional, que las partes hayan renunciado expresa y anticipadamente a la jurisdicción (sea ésta judicial o arbitral).

162. En efecto, el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, a letra establece lo siguiente:

*"139º, inc. 3.- La observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional*

*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".*

163. El referido artículo garantiza el derecho de acceso a la justicia por parte de cualquier persona. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, de la siguiente manera:

*"Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, **la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio.** En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia"*<sup>7</sup>. (El énfasis es nuestro)

164. Conforme al marco constitucional, queda claro que METRO tiene la posibilidad de acceder a una determinada jurisdicción para cuestionar la decisión final de OSITRAN respecto a la interposición de las penalidades, puesto que, de lo contrario, se le estaría negando el acceso a la justicia a METRO.
165. En efecto, OSITRAN ha reconocido expresamente que no existe una renuncia a la jurisdicción, sino que la instancia correspondiente para cuestionar su decisión respecto de las penalidades impuestas es el proceso contencioso administrativo, puesto que lo que se impugna es un acto administrativo.
166. Este Colegiado difiere de la posición planteada por OSITRAN, pues el mecanismo de solución de controversias previsto expresamente en la Sección XVI del CONTRATO es el arbitraje. Ello obedece además a un mandato legal establecido en el artículo 9 de la Ley Marco de las Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y se dictaron las normas para la agilización de

---

<sup>7</sup> Sentencia recaída en el Expediente N° 763-2005-PA/TC.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

los procesos de promoción de la inversión privada, Decreto Legislativo 1012<sup>8</sup>, que establece lo siguiente:

*"9.6 Los contratos de Asociación Público-Privada deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y deberán contener disposiciones que regulen el procedimiento y causales de renegociación y resolución de los contratos, incluyendo las reglas sobre cesión de posición contractual". (El subrayado es nuestro)*

167. Si bien este Tribunal Arbitral identifica que en el laudo del caso APM Terminals S.A. vs. MTC (Caso Arbitral N° 2979-2014-CCL), el tribunal arbitral en ese caso concluyó, en mayoría, que las partes habían acordado apartarse de los mecanismos de solución de controversias del CONTRATO<sup>9</sup>, se permite discrepar abiertamente con el mismo, puesto que el mecanismo para resolver la controversia entre las partes es la vía arbitral, para lo cual basta apelar a lo dispuesto en el propio CONTRATO y en el Decreto Legislativo 1012.
168. En ese sentido, la única interpretación válida y coherente de la cláusula 17.14 del CONTRATO, en el extremo que señala que la decisión de OSITRAN "tiene carácter de definitiva y no está sujeta a reclamación alguna", es que no se podrá impugnar nuevamente ante OSITRAN la decisión final sobre las penalidades, pues una interpretación contraria sería inconstitucional.
169. Adicionalmente, de la cláusula 17.14 en mención no es posible afirmar que las partes hayan decidido excluir la vía arbitral para resolver controversias relativas a la aplicación de penalidades por parte de OSITRAN. Más aún cuando las penalidades han sido impuestas en virtud del propio CONTRATO; por lo que las controversias en relación a las mismas se deben resolver bajo los mecanismos de resolución de conflictos pactado en el CONTRATO.
170. Por su parte, la cláusula 16.2 del CONTRATO, que regula el convenio arbitral, establece lo siguiente:

---

<sup>8</sup> El referido Decreto Legislativo estaba vigente al momento de la celebración del CONTRATO y se encuentra expresamente señalado como parte de su base legal.

<sup>9</sup> El mencionado laudo señala lo siguiente:

*"Es más, del propio texto de dicho acuerdo, las partes han acordado que la decisión revisada por OSITRAN no estará sujeta a reclamación alguna, lo que implica en puridad que la decisión revisada, según el procedimiento específico antes mencionado, no podrá ser sujeta a controversia, al menos, a través de los mecanismos de gestión de controversias establecidos en el propio Contrato.*

*Siendo ello así el Tribunal Arbitral, en mayoría, llega a la conclusión que las partes, de manera voluntaria, han establecido un tipo de procedimiento distinto al procedimiento de solución de controversias pactado en la Sección XVI, para resolver cualquier diferencia relativa a la aplicación de penalidades de naturaleza contractual y por tanto, no es posible incorporar dentro del convenio arbitral, las controversias que surjan a raíz de la aplicación de penalidades contractuales."*

Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano

16.2 La presente Sección regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y la Caducidad de la Concesión, **con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el Regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917.** (El énfasis es nuestro)

171. La cláusula materia de análisis no ha limitado ni excluido del alcance del convenio arbitral a la aplicación de penalidades contractuales, sino solamente los actos administrativos emitidos por OSITRAN en ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26917. Precisamente, para afirmar que las partes han decidido excluir las penalidades contractuales del convenio arbitral tendrían que haberlo hecho en el mismo convenio, pues según el artículo 41 de la LEY DE ARBITRAJE, *"el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo"*.
172. En este caso, las partes no solo no excluyeron las penalidades contractuales en alguna cláusula del CONTRATO, sino que, además, y ello es lo más relevante para resolver la excepción, no lo establecieron de manera expresa en el convenio arbitral, el cual únicamente excluyó los actos administrativos dictados por OSITRAN en ejercicio de sus funciones, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26917.
173. Por lo tanto, este Colegiado considera que la vía arbitral es la vía idónea para resolver las controversias relacionadas con la imposición de penalidades.
174. Sin perjuicio de ello, corresponde analizar si las penalidades impuestas por OSITRAN son actos administrativos emitidos por dicha entidad en ejercicio de sus funciones dispuestas por la Ley N° 26917 y, en consecuencia, si la materia en controversia es arbitrable. Esto es, si se puede arbitrar las penalidades impuestas por OSITRAN. Al respecto, tanto el MTC como OSITRAN sostienen que las penalidades aplicadas no son materia arbitrable.
175. Este Colegiado considera que las penalidades pactadas en el CONTRATO, que han sido impuestas por OSITRAN, tienen una naturaleza estrictamente contractual, pues lo que ha dado mérito a su imposición es que han sido pactadas expresamente por las partes. El propio MTC lo reconoce de manera expresa en el punto 3.6 de su demanda, cuando afirma que "el acto administrativo [...] se emite necesariamente para dar cumplimiento al mecanismo de penalidades pactado por las partes del CONTRATO, siendo aquel instrumento contractual el que da contenido".
176. En efecto, más allá de si las penalidades se imponen por un acto administrativo (que es la manera como el Estado y sus reparticiones se expresan), lo relevante

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

es que si el CONTRATO no existiera, OSITRAN no podría imponer las penalidades en cuestión. Ello demuestra que su imposición no surge como consecuencia de una facultad "en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto por la Ley N° 26917", sino en mérito a la exclusiva voluntad de los contratantes expresada en el CONTRATO.

177. En ese sentido, este Colegiado considera que, en lo que es objeto de este arbitraje, OSITRAN actuó en el marco del CONTRATO, pues así ha sido expresamente pactado por las partes. El hecho que OSITRAN se encuentre legalmente autorizado a aplicar penalidades, no implica que, en este caso, OSITRAN esté actuando en ejercicio de sus facultades legales, sino en cumplimiento de un encargo encomendado en el CONTRATO.

178. Por su parte, en el CONTRATO se reconoce que las penalidades tienen una naturaleza contractual y que obedecen a un incumplimiento del mismo, como se desprende de las cláusulas 17.12 y 17.13, que señalan que:

*"17.12. El Regulador, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el Contrato. El CONCESIONARIO no estará exento de responsabilidad aun en los casos en que los incumplimientos sean consecuencia de contratos que celebre con el Constructor, Proveedor de Material Rodante, Operador o Asesor Técnico en Operación, de ser el caso, otros contratistas o sub contratistas o terceras personas.*

*17.13. En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10".*

179. Inclusive OSITRAN ha reconocido en diversas ocasiones que las penalidades o cláusulas penales de los contratos de concesión tienen naturaleza civil. Así consta de los Informes N° 2393-2014- GSF-OSITRAN, N° 0583-2015- GSF-OSITRAN y N° 040-13-GAL-OSITRAN.

180. Esa misma posición se desprende del pronunciamiento de la Sala Segunda Sala Sub Especialidad Comercial de Lima, al resolver el expediente No 020-2014- 0-1817-SP-CO- 02, cuando señala que:

*"Cuarto: Conforme se ha apreciado de las cláusulas contractuales aplicables al caso concreto por la propia denominación de la naturaleza de las penalidades que fueron impuestas a la parte demandada,, y concesionaria del contrato de concesión del Primer Grupo de Aeropuertos de Provincia de la República del Perú, (...) estas son de naturaleza contractual, por tanto si bien es cierto fueron fijadas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), esta atribución es*

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

*consecuencia de lo pactado por las partes, que no mengua la esencia contractual y el carácter patrimonial de la controversia [...]"*

181. En ese sentido, dado que la presente controversia versa sobre la imposición de penalidades contractuales, que tienen una naturaleza contractual, estas no han sido excluidas del alcance del convenio arbitral y; por lo tanto, nos encontramos frente a una materia de libre disposición de las partes, que puede ser resuelta mediante arbitraje.
182. Finalmente, este Tribunal Arbitral considera pertinente pronunciarse con respecto a lo alegado por OSITRAN, acerca que el demandado por la imposición de la penalidad debería ser dicha Entidad y no el MTC, puesto que OSITRAN ha sido quien efectivamente la ha impuesto.
183. Al respecto, este Colegiado identifica a partir del CONTRATO que las penalidades o cláusulas penales tienen una naturaleza contractual y que se aplican para remediar un incumplimiento contractual. No nos encontramos frente a un caso en el que OSITRAN está sancionando a un administrado, sino que está actuando para aplicar una penalidad pactada en el CONTRATO, suscrito exclusivamente por el MTC y METRO.
184. Por ello, lo que corresponde es que el Concesionario, en este caso concreto METRO, demande a su contraparte en el CONTRATO (en este caso el MTC), pues las controversias contractuales solamente pueden resolverse entre las partes del CONTRATO que da origen a la controversia.
185. Por todo lo expuesto, debe declararse infundada la excepción de incompetencia presentada por el MTC y apoyada por OSITRAN en su calidad de tercero coadyuvante.

## **XV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA**

***Primera Pretensión Principal:*** *Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 4 al 31 de agosto de 2015 y desde el 1 al 30 de setiembre de 2015.*

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

**Segunda Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de noviembre de 2015.

**Tercera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa por todo el mes de octubre de 2015.

**Cuarta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 1 al 26 de diciembre de 2015.

**Quinta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral deje sin efecto la penalidad impuesta mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, mediante los cuales la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN aplica una penalidad contractual por el supuesto incumplimiento en el Mantenimiento de Tránsito y Desvíos de Tráfico en el Área de la Concesión relativa al PV-23 de la etapa 1A del Proyecto, que se computa desde el 27 al 31 de diciembre de 2015, todo el mes de enero de 2016 y febrero 2016 (en relación al Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN), por todo el mes de marzo de 2016 (en relación al Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN) y por todo el mes de mayo de 2016 (Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN).

Al respecto, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que dividirá el presente análisis en las siguientes partes: (i) La naturaleza dinámica de los Microdesvíos y la errónea fiscalización; y, (ii) La intimación en mora.

**Sobre la naturaleza dinámica de los Microdesvíos y la errónea fiscalización**



*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

186. A lo largo de todo el arbitraje, METRO ha señalado que el Microdesvíos correspondiente al PV-23, que forma parte del Plan de Desvíos, tiene una naturaleza absolutamente dinámica, pues debe adaptarse a los requerimientos de la obra. Asimismo, METRO sostiene que tanto el Supervisor como OSITRAN estaban al tanto de la referida naturaleza dinámica del Plan de Microdesvíos.
187. A fin de sustentar su posición, METRO alega la existencia de un "Procedimiento de Comunicación de Actualización de los Planos de Microdesvíos" coordinado con el Supervisor. Del mismo modo, METRO afirma que en el Acta N° CJV.ARP-00007-15. de la reunión en la que participaron AATE y el Supervisor, se deja constancia que se actualizarán los planos de Microdesvíos y se estableció un procedimiento para comunicar cada actualización de planos<sup>10</sup>.
188. Por su parte, OSITRAN afirma que para modificar los Planos de Microdesvíos era necesario modificar el EDI del PV-23. Mientras que en su contestación de demanda, el MTC afirmaba lo siguiente:
- "Para la modificación del Plan de Desvíos (el Microdesvío es uno de sus componentes), el Concesionario debe solicitar formalmente la modificación de la Resolución de Subgerencia N° 1423-2015-MML-GTU-SIT [...]"*
- En tal sentido, es la Municipalidad Metropolitana de Lima, en su calidad de autoridad competente, quien debe evaluar y emitir pronunciamiento con relación a las modificaciones del Plan de Desvíos"*
189. Posteriormente, durante la Audiencia de Informes Orales y en su escrito N° 11, OSITRAN aceptó que la autoridad competente para "autorizar la interferencia en las vías y aprobación de los planos con la señalética es la GTU. Por lo tanto, el Concesionario debe solicitar su autorización a dicho órgano y OSITRAN supervisa en virtud de esos planos autorizados conjuntamente con los planos aprobados por el MTC (que son los mismos planos con los de la GTU)".
190. En efecto, este Colegiado considera —y las partes así lo han aceptado— que la MML es la autoridad competente para autorizar y modificar los Planes de Desvíos.
191. Ahora bien, resulta pertinente analizar si la autorización otorgada a METRO, mediante las Resoluciones de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N°

---

<sup>10</sup> El acta expresamente establece lo siguiente:

*"Se establece que cada actualización de planos de microdesvíos será comunicada vía informativa a las siguientes personas de AATE: Ing. Elena Chang, Ing. Oscar Bravo Yabar e Ing. Leoncio Giaccarini de CESEL, en formato PDF con resumen de cambios (con copia a Julia Cabal G. Calidad) En paralelo, cada actualización de planos será enviada en formato Zip a la Oficina Técnica (Úrsula Quintana) y Gerencia de Calidad (Julia Cabal) para que se proceda al envío de esta información al Concedente por la vía oficial a través de EPCSPV".*

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

4045-2015-MML/GTU-SIT, establece que los Planes de Microdesvíos tienen naturaleza dinámica y pueden ser modificados de acuerdo con los requerimientos de la obra.

192. Las Resoluciones de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT, señalan en su artículo décimo tercero y décimo cuarto, respectivamente, lo siguiente:

*“La interferencia de vía que se autoriza deberá realizarse respetando estrictamente las normas de seguridad y señalización vertical preventiva e informativa para obra, dicha señalización vertical deberá contemplar los colores, tamaños de las letras y el tipo de material a utilizar de acuerdo al Manual de Dispositivos de Control de Tránsito para Calles y Carreteras aprobado mediante Resolución Ministerial N° 210-2000-MTC y Resolución de Gerencia N° 165-2011-MML/GTU. Las señales verticales de obra serán de material reflectivo y deberán instalarse desde 800 mts. antes del inicio de la interferencia (Primera señal) y a lo largo de la misma cada 50 y 75 mts., una detrás de otra en forma de zigzag, **debiendo ubicar las señales de acuerdo a lo indicado en el Plano de Señalización General de Desvío (ML2-CML-01A-D-04-GRAL-DIS-PL-0210-A) presentado en el D/S N° 34428-15.***

*Asimismo, deberán de cercar o dividir la zona de trabajo utilizando conos, mallas, cintas de seguridad y/o reflectivas, parantes perimétricos, cilindros, lámparas de destello”.<sup>11</sup>*

193. Este Colegiado considera que de las referidas Resoluciones de Subgerencia no consta que el Plan de Desvíos tenga un carácter dinámico y pueda ser modificado por METRO de acuerdo con los requerimientos de la obra. Las Resoluciones indican que deben implementarse las señales de acuerdo con lo indicado en el Plano de Señalización General de Desvío.
194. Inclusive en una de las Resoluciones de sanción que presentó OSITRAN, específicamente en la Resolución de Gerencia N° 406-2016/MML-GTU, consta expresamente que la MML señala que: “se indica respecto a los Microdesvíos, término no utilizado en una Resolución de Autorización, que aquellos implican los accesos peatonales por la zona de obra, obligación que conlleva una habilitación de interferencia de vías, toda vez que tiene por finalidad garantizar el derecho al tránsito de los ciudadanos”.
195. La propia autoridad competente, es decir, la MML, no ha utilizado en sus autorizaciones el término Microdesvíos, ni ha señalado que el mismo tenga una naturaleza dinámica que puede ser modificado por METRO de manera unilateral de acuerdo con los requerimientos de la obra.

196. En ese sentido, el procedimiento de actualización al que hizo referencia METRO debe entenderse como un procedimiento para comunicar al MTC, OSITRAN y al

---

<sup>11</sup> Resaltado y subrayado por el Tribunal Arbitral.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

Supervisor las modificaciones que, de tanto en tanto, hubiera aprobado expresamente la Gerencia de Transporte Urbano de la MML.

197. Así, la comunicación del 19 de octubre de 2015, mediante la que METRO informó al MTC, OSITRAN, AATE y al Supervisor la actualización del Plano de Señalización del PV-23 que forma parte del Plan de Desvíos, no tiene mayor validez, pues METRO no se encontraba habilitado por la MML para modificar los Planos de manera unilateral.
198. Al respecto, METRO sostiene que ha sido fiscalizado sobre la base del Plan de Desvíos aprobado en el EDI. Por su parte, OSITRAN alega que los planos presentados por METRO para obtener la aprobación de la GTU para el Plan de Desvíos y del MTC para el EDI son iguales solo que con nombres distintos, como se advierte de los Anexos N° 5 y 6 del escrito N° 11 de OSITRAN.
199. En efecto, a partir de la prueba aportada en este arbitraje, se comprueba que el Supervisor ha fiscalizado el cumplimiento de las obligaciones de METRO sobre la base de los Planos de Señalización aprobados por la MML en las mencionadas Resoluciones de Subgerencia N° 1423-2015-MML/GTU-SIT y N° 4045-2015-MML/GTU-SIT y el Plano aprobado por el MTC en el EDI del PV-23 (que son exactamente iguales), con lo que se verifica que OSITRAN ha cumplido con supervisar a METRO de manera correcta.
200. Finalmente, este Colegiado considera pertinente pronunciarse sobre las sanciones impuestas por la MML a METRO – mencionadas por OSITRAN – por incumplimiento del Plan de Desvíos aprobado por la GTU.
201. Es preciso señalar que las sanciones impuestas son por incumplimiento del Plan de Desvíos, pero ninguna está expresamente referida al PV23. Por lo señalado, el argumento de las sanciones a METRO por parte de GTU debe ser desestimado.

#### **Sobre la intimación en mora**

202. METRO ha señalado que OSITRAN debió intimarlo en mora para poder aplicar las penalidades contractuales que finalmente le impuso. Por lo tanto, al no haberlo intimado en mora sobre la base del artículo 1333 del Código Civil, sostiene que las penalidades materia de la presente controversia no han sido aplicadas válidamente.
203. Por su parte, el MTC y OSITRAN señalan que no era necesario intimar en mora a METRO para imponerle las penalidades contractuales, pues el solo incumplimiento daba lugar a penalizarlo.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

204. Al respecto, este Colegiado considera pertinente acudir a la cláusula 17.13 del CONTRATO, que estipula lo siguiente:

*"En caso de incumplimiento del CONCESIONARIO de cualquiera de las obligaciones indicadas en el Contrato, el Regulador comunicará al CONCEDENTE y al CONCESIONARIO del incumplimiento detectado e indicará los mecanismos de subsanación así como los plazos correspondientes y/o la aplicación de las penalidades contenidas en el Anexo 10".*

205. Conforme a lo dispuesto en esta estipulación contractual, este Colegiado difiere de la posición de METRO debido a que de la mencionada cláusula no es posible afirmar que OSITRAN primero debe imputar el incumplimiento (intimar en mora) y, luego aplicar la penalidad establecida en el CONTRATO. Por el contrario, la cláusula establece que podrá comunicar el incumplimiento y aplicar las penalidades contenidas en el Anexo 10 del CONTRATO.

206. Sin perjuicio de ello, es pertinente acudir a la regulación de las cláusulas penales contenida en el Código Civil – que se aplica de manera supletoria –.

207. METRO argumenta, en virtud del artículo 1343º del Código Civil, que la pena solo es exigible cuando el incumplimiento es imputable al deudor. Sin embargo, este Tribunal Arbitral considera que el referido artículo hace referencia a que el daño debe ser causado por el deudor (en este caso, METRO) y que debe mediar culpa o dolo en la inejecución de obligaciones, y no si se debe intimar en mora al deudor como condición previa para aplicar una penalidad.

208. Inclusive, el artículo 1342 del Código Civil establece que:

*"Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación".*

209. El artículo bajo comentario establece que la penalidad puede ser estipulada para el caso de mora; sin embargo, no establece que sea el único supuesto por el que se puede pactar una cláusula penal. En efecto, al comentar dicho artículo, Castillo Freyre y Osterling sostienen que:

*"Si fuera compulsiva y compensatoria, estaría destinada a sustituir la prestación incumplida por la penalidad pactada (perdiendo el deudor incumpliente el derecho a la contraprestación, si la hubiere).*

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

*Por otra parte, la función compulsiva moratoria estará circunscrita a indemnizar la mora en el pago<sup>12</sup>.*

210. De lo señalado, queda claro que no es un requisito indispensable intimar en mora al deudor para luego aplicar la penalidad – que en el presente caso, no tiene función moratoria – sino que el acreedor podrá comunicar el incumplimiento y en el mismo acto aplicar la penalidad, de acuerdo con lo regulado en la cláusula 17.13 del CONTRATO.

211. A pesar de lo señalado, este Colegiado considera que los plazos en los que ha incurrido OSITRAN para notificar la aplicación de las penalidades es excesivo, pues en algunos casos supera los 100 días. En efecto, que OSITRAN no deba intimar en mora no significa que tenga libertad absoluta para comunicar el incumplimiento en el momento que considere para esa parte. Ello debido a que el principal objetivo que se desprende de la penalidad objeto de la controversia es asegurar el Mantenimiento del Tránsito. Este Tribunal Arbitral volverá a este tema al analizar las pretensiones subordinadas de la demanda.

### **Sobre el control policial y el hurto de las señales verticales**

212. METRO señala que el hurto de las señalizaciones verticales y la falta de control policial son supuestos que lo exoneran de responsabilidad, puesto que en ambos casos existió un hecho determinante de un tercero que fractura el nexo causal.

213. Este Colegiado difiere de la posición de METRO, debido a que el incumplimiento que le ha imputado OSITRAN corresponde a una obligación que abarca más prestaciones que la sola instalación de las señales verticales y horizontales, y la implementación del control policial. Así, METRO ha reconocido expresamente en su demanda lo siguiente:

*“la penalidad abarca dos conceptos: i) Mantenimiento del Tránsito y; ii) Desvío de Tráfico.  
[...]*

*El Mantenimiento del Tránsito está referido a tres elementos: a) implementación de señalización horizontal; b) implementación de señales verticales y; c) control policial: presencia policial en las intersecciones críticas de las rutas que forman parte del Plan de Desvíos.  
[...]*

*Ahora bien, el segundo concepto que abarca la penalidad es el Desvío de Tráfico que está referido a la configuración de itinerarios lo más próximo y paralelo a aquel que el vehículo realizaría si no se estuviesen ejecutando las obras, ello a fin de evitar que en las zonas de obra circule el Transporte Público, Transporte Privado, Transporte pesado y de carga”.*

---

<sup>12</sup> OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario. “Obligaciones con cláusula penal”. Lima. 2013, p. 3.  
Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clausula%20penal.pdf>.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

214. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral considera pertinente pronunciarse sobre el hurto de las señales verticales y horizontales y la falta de control policial al analizar las Pretensiones Subordinadas de la demanda.
215. En virtud a lo mencionado, se deben desestimar las Pretensiones Principales de la demanda.

## **XVI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS DE LA DEMANDA**

**Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

**Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

**Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 027-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

**Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante el Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

**Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal:** Que el Tribunal Arbitral determine la reducción de las penalidades interpuestas mediante Oficio N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0295-2016-GSF-OSITRAN, Oficio N° 0296-2016-GSF-OSITRAN y Oficio N° 0311-2016-GSF-OSITRAN, por ser manifiestamente excesivas y/o porque la obligación principal ha sido prácticamente cumplida en su totalidad.

216. METRO solicita la reducción de las penalidades contractuales impuestas por OSITRAN, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1346° del Código Civil:

*“El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.*

217. Según Mazzaresse, al comentar el artículo equivalente del Código Civil Italiano, esta reducción “ciertamente no queda al arbitrio del juez (en este caso de los árbitros), sino está circunscrita a una evaluación motivada de elementos “objetivos” que legitiman tanto la corrección judicial (o arbitral), como el mantenimiento sustancial, de la cláusula penal”<sup>13</sup>.

218. El citado autor agrega que “el exceso es sancionado con el encaminar hacia la equidad la prestación pactada por las partes y con una intervención judicial de conservación correctiva del pacto, o, de integración sustitutiva del mismo, que preserva la “justa” utilidad del acuerdo o del intercambio”<sup>14</sup>. En el caso que la obligación se haya cumplido en parte o de manera irregular, la reducción opera en el sentido de reprimir “penalidades usurarias”. Así, el “principio general de represión de la usura no se refiere sólo, en sentido estricto, a los contratos y a los intereses usureros, sino se refiere, en un aspecto general, a los contratos y a las cláusulas que realicen “usuras reales”, esto es, una prestación excesiva a cargo del deudor (no importa si ésta se realice mediante un efecto real, o mediante un efecto obligatorio, en un contrato unilateral o un contrato sinalagmático”<sup>15</sup>.

219. De acuerdo con el citado artículo 1346° del Código Civil, los supuestos de reducción de la cláusula penal son:

- a. Cuando la penalidad sea manifiestamente excesiva.
- b. Cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

220. El artículo 1346° del Código Civil peruano debe ser interpretado en atención a “dos fundamentales coordenadas del diagrama decisorio: la integración equitativa de la eficacia de la cláusula y la conservación sancionadora de la función penal”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> MAZZARESE, Silvio. Clausola penale Artt. 1382-1384, Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 1999, p. 610.

<sup>14</sup> Silvio MAZZARESE, op. cit., pp. 72-73.

<sup>15</sup> Silvio MAZZARESE, op. cit., p. 74.

<sup>16</sup> Silvio MAZZARESE, op. cit., p. 641.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

En doctrina se sostiene que el Código Civil 1384° del Código Civil italiano, al igual que nuestra disposición nacional, le reconoce al juez “una discrecionalidad decisoria particularmente restringida”<sup>17</sup>. En este sentido, “la discrecionalidad reglamentaria del juez sustancia un poder que es característicamente “ritual”. Este debe ser ejercitado en el respeto de las normas procesales vigentes, sobre las que se basa el pronunciamiento formal”<sup>18</sup>. La primera de ellas, una debida motivación. Ello, en la medida que la decisión judicial o arbitral modifica el reglamento de la relación jurídica<sup>19</sup>.

221. Este Colegiado tiene en claro que la posibilidad del juzgador (llámese juez o Tribunal Arbitral) de hacer uso de la citada facultad, resulta excepcional por varias razones, tales como, el principio de obligatoriedad del contrato (los contratos son ley entre las partes) o por que son las partes quienes están en la mejor posibilidad de considerar las consecuencias del incumplimiento.
222. Por tanto, la citada facultad debe ser ejercida solo en aquellos casos en los que el juzgador advierta a su criterio (no a su arbitrio absoluto<sup>20</sup>), que existen situaciones que merecen atenuar la consecuencia patrimonial de la responsabilidad.<sup>21</sup>
223. En ese sentido, este Colegiado tiene la posibilidad de reducir la penalidad si existen elementos de juicio suficientes que demuestren que la penalidad es manifiestamente excesiva con relación al daño causado o si se hubiera cumplido parcialmente con la prestación.
224. Ahora bien, METRO solicita la reducción de las penalidades en virtud a que “*no se ha imputado un incumplimiento total ni sustancial de las obligaciones de Mantenimiento de Tránsito. El Mantenimiento de Tránsito se dio y se viene dando de manera efectiva, por ello los supuestos incumplimientos imputados se refieren*

---

<sup>17</sup> Giovanni CRISCUOLI, La discrezionalità regolamentare del giudice civile, CEDAM, Padova, 2000, p. 15.

<sup>18</sup> Giovanni CRISCUOLI, op. cit., p. 30.

<sup>19</sup> Giovanni CRISCUOLI, op. cit., p. 58.

<sup>20</sup> Aun cuando existen pronunciamientos judiciales que resultan contradictorios, pues mientras algunos señalan que esta es una facultad absolutamente subjetiva del juzgador (Sentencia del 31.07.2001 dictada en el Exp. N° 6652-2000 por la Sala Civil para Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima), también las hay de aquellas que consideran que el ejercicio de esta facultad impone la exigencia de fundamentar de alguna manera porque se realiza la reducción de la penalidad (Sentencia del 07.12.1999 dictada en el Exp. 3293-99 por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima).

<sup>21</sup> No escapa a este Tribunal Arbitral toda la discusión que existe entre quienes defienden la atribución del juez regulada en el artículo 1346° del Código Civil y los detractores de la misma por considerar que ella atenta contra la seguridad jurídica, la santidad de los contratos, la previsión de los daños y/o la penalización de conductas indeseadas.



*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

*únicamente a hechos muy puntuales que de ninguna forma han afectado el cumplimiento del objetivo principal de la prestación, que es mantener el tránsito de manera segura durante el ejercicio de las obras de construcción”.*

225. Por su parte, el MTC sostiene que en todos los casos METRO ha incumplido todos los componentes que conforman en Plan de Desvío; por lo que no correspondería que el Tribunal Arbitral reduzca las penalidades. Para sustentar su posición, presentó el siguiente cuadro:

Oficio de GDF que penaliza	Pretensión de la Demanda	Componente del Plan de Desvío			
		Control Policial	Señales Horizontales	Señales Verticales	Desvío de Tráfico
Oficio N° 0014-2016-GDF-OSITRAN	Primera	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficio N° 0020-2016-GDF-OSITRAN	Segunda	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficio N° 0027-2016-GDF-OSITRAN	Tercera	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficio N° 0140-2016-GDF-OSITRAN	Cuarta	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.
Oficios GSF-OSITRAN de 2016 números 0291, 0295, 0296, 0311	Quinta	No se le penalizó por este componente	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.	Penalizado. No cumplió.

226. La obligación por la que METRO ha sido penalizado es la de Mantenimiento del Tránsito y Desvío de Tráfico.

227. Este Colegiado advierte que tanto el MTC, OSITRAN y METRO reconocen que “el concepto Mantenimiento de Tránsito incluye tres elementos: i) implementación de señalización horizontal; ii) implementación de señales verticales; y, iii) control policial. Por su parte, el desvío de tránsito está compuesto por las rutas que evitan

Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano

las zonas de obra para el Transporte Público, Transporte Privado, Transporte Pesado y de Carga". En ese sentido, corresponde revisar los argumentos de METRO que desvirtuarían la responsabilidad por el incumplimiento total imputado por el MTC y OSITRAN.

### **Sobre el hurto de señalizaciones y el control policial**

228. Al respecto, METRO señala que ha denunciado el hurto de la señalización vertical y horizontal<sup>22</sup> en la zona materia de la controversia; por ello, se encontraría en un supuesto de hecho determinante de un tercero que fracturaría el nexo causal.
229. Sobre el particular, el MTC sostiene que *"si bien el Concesionario alega en su demanda arbitral que dichos incumplimientos se deben a robos en la zona, ello resulta una mera afirmación que no ha sido acreditada por el Concesionario"*. Asimismo, señala que las denuncias formuladas por METRO no corresponden a la zona materia de la presente controversia.
230. Al respecto, este Colegiado ha podido corroborar en las denuncias presentadas por METRO en su demanda arbitral, que se deja expresa constancia del hurto de diversas señales en el PV-23; lo que descarta la afirmación planteada por el MTC.
231. Adicionalmente, observa que se han producido más de 10 denuncias por hurto de las señales verticales y horizontales en el periodo entre setiembre de 2015 y mayo de 2016. A raíz de ello, se deduce que la zona de ejecución de obras es altamente delictiva y que METRO se ha visto afectado en reiteradas ocasiones; motivo por el cual se ha visto impedido en diversas oportunidades de mantener las señales verticales y horizontales de acuerdo con el Plan de Señalización.
232. Como consecuencia del hurto de las señales verticales y horizontales, METRO pasaba varios días sin contar con las mencionadas señales en la zona indicada en el Plano de Señalización del PV-23; hecho que no ha sido considerado por el Supervisor al momento de fiscalizar la implementación de las señales verticales y horizontales.
233. Al respecto, resulta pertinente acudir al artículo 1343° del Código Civil, que establece lo siguiente:

---

<sup>22</sup> Las denuncias realizadas por METRO son de las siguientes fechas: 05/05/2016, 03/06/2016, 22/06/2016, 05/02/2016, 07/04/2016, 31/03/2016, 08/03/2016, 22/02/2016, 27/02/2016, 22/01/2016, 03/02/2016, 08/02/2016, 29/09/2015.

*Tribunal Arbitral  
Fernando Cantuarias (Presidente)  
Sergio Tafur Sánchez  
Lourdes Flores Nano*

*"Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario".*

234. En este caso concreto, el hurto de la señalización vertical y horizontal genera que el incumplimiento no obedezca a una causa imputable a METRO, sino un hecho determinante de un tercero; por lo que la penalidad no podría ser exigida de acuerdo con el mencionado artículo del Código Civil.
235. Si bien es cierto nos encontramos frente a un eximente de responsabilidad, este Colegiado advierte que la implementación de las señales verticales y horizontales es uno de los componentes del Plan de Desvío y que las denuncias presentadas por METRO no abarcan la totalidad del periodo, por lo que estos hechos alegados por METRO no dan lugar a dejar sin efecto las penalidades. Sin embargo, sí merecen ser consideradas a efecto de reducir las penalidades impuestas por OSITRAN en virtud al hurto de las señales verticales y horizontales.
236. Por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, el MTC y OSITRAN han señalado que METRO ha incumplido con implementar el control policial en la zona de la obra.
237. Al respecto, METRO sostiene que actuó en el ámbito de sus posibilidades para contar con el control policial correspondiente que le había requerido la MML a través de la Gerencia de Transporte Urbano, en el marco del Plan de Desvíos. Agrega que la falta de presencia policial es un hecho determinante de tercero que lo debería eximir de responsabilidad.
238. En efecto, este Tribunal Arbitral aprecia que METRO fue diligente al celebrar un Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional con la Policía Nacional del Perú el 26 de junio de 2015, pues en virtud al mencionado Convenio, la Policía debía brindar el control policial en los puntos indicados por la GTU de la MML.
239. Sobre este particular, es aplicable el artículo 1314° del Código Civil, que estipula lo siguiente:
- "Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".*
240. Asimismo, resulta pertinente apelar a la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 069-2013-EF:
- "[...] La Policía Nacional del Perú determinará los requerimientos complementarios de personal policial, priorizando la asignación a los servicios a los que se refiere la Décimo Tercera*

*Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 013-2013-EF y la Tercera Disposición Complementaria Final de la presente norma, en ese orden. Una vez cubiertos tales servicios, se podrá asignar el personal para prestar servicios en el marco de un convenio interinstitucional al que hace referencia la presente disposición”.*

241. Este Colegiado considera que el control policial es un hecho que traspasa la esfera de control de hecho y de derecho de METRO, pues está asegurando el cumplimiento de la obligación por parte de un tercero, que por lo demás pertenece al Estado al cual también pertenece el MTC. Por lo tanto, METRO no puede ser imputado por el incumplimiento del control policial, pues es un hecho que dependía de un tercero, la Policía Nacional del Perú. Por lo tanto, tampoco no puede ser imputado en virtud al mencionado artículo 1343° del Código Civil.
242. En este aspecto concreto, nos encontramos frente a un eximente de responsabilidad; sin embargo, este Colegiado advierte que al ser el control policial solamente uno de los componentes del Plan de Desvío, no da lugar a dejar sin efecto las penalidades. Sin perjuicio de ello, se constituye otro elemento objetivo que conlleva razonablemente a reducir las penalidades impuestas por OSITRAN.

#### **Sobre los plazos de notificación y la agrupación de las penalidades**

243. METRO sostiene que OSITRAN ha incurrido en plazos excesivos para comunicar el incumplimiento y proceder a penalizarlo, como se demuestra en el siguiente cuadro:

<b>Penalidad (oficio)</b>	<b>Inicio del Periodo</b>	<b>Término del Periodo</b>	<b>Fecha de notificación</b>	<b>Demora en la imputación</b>
Oficio N° 0014-2016-GDF-OSITRAN	4 de agosto de 2015	31 de setiembre de 2015	12 enero de 2016	162 – 134 días
Oficio N° 0020-2016-GDF-OSITRAN	1 de noviembre de 2015	30 de noviembre de 2015	18 de enero de 2016	79 días
Oficio N° 0027-2016-GDF-OSITRAN	1 de octubre de 2015	31 de octubre de 2015	21 de enero de 2016	113 días
Oficio N° 0140-2016-GDF-OSITRAN	1 de diciembre de 2015	26 de diciembre de 2015	15 de marzo de 2016	105 días

Oficio N° 0291-2016- GDF- OSITRAN	27 de diciembre de 2015	29 de febrero de 2016	24 de junio de 2016	181 -145 días
Oficio N° 0295-2016- GDF- OSITRAN	1 de marzo de 2016	31 de marzo de 2016	27 de junio de 2016	119 días
Oficio N° 0296-2016- GDF- OSITRAN	1 de abril de 2016	30 de abril de 2016	27 de junio de 2016	88 días
Oficio N° 0311-2016- GDF- OSITRAN	1 de mayo de 2016	31 de mayo de 2016	5 de julio de 2016	66 días

244. Del cuadro precedente, este Colegiado destaca dos aspectos. En primer lugar, los plazos en los que ha incurrido OSITRAN para notificar el incumplimiento a METRO, pues en algunos casos superan los 150 días. Además, debemos considerar que OSITRAN ha decidido agrupar las penalidades en bloques mensuales, o inclusive en periodos mayores a los 30 días; por lo que en algunos Oficios ha penalizado a METRO con más de 100 UIT.
245. Esta forma de comunicación y penalización contractual claramente ha impedido que METRO cumpla con subsanar el incumplimiento; hecho que atenta contra la propia finalidad de la penalidad pactada en el CONTRATO, que es desviar el tráfico y mantener el tránsito en la zona.
246. Así, las penalidades impuestas por OSITRAN han adquirido prácticamente un carácter sancionatorio; sin embargo, del propio CONTRATO no se advierte que las penalidades contractuales tienen como función sancionar al deudor (METRO), sino compensar el incumplimiento.
247. Inclusive, en nuestra legislación civil no se encuentra contemplada la función sancionatoria de la cláusula penal, pues los artículos 1341° y 1342° del Código Civil únicamente contemplan las funciones compensatorias y moratorias de las cláusulas penales. Mayor prueba de ello es que el citado artículo 1346° del Código Civil permite la reducción de las penalidades contractuales cuando estas sean manifiestamente excesiva; es decir, cuando adquieren un carácter sancionatorio.
248. Por otro lado, si bien la Directiva para aplicación, impugnación y cobro de penalidades en los Contratos de Concesión bajo el ámbito de OSITRAN, aprobada mediante la Resolución de Consejo N° 050-2016-CD-OSITRAN, no es aplicable al

presente caso porque es posterior a la presente controversia, sirve como referencia para este Colegiado.

249. Así, la referida Directiva establece lo siguiente:

**"Luego de concluir las actividades de supervisión, en sus distintas modalidades, programadas en el Plan de Supervisión o efectuadas de cualquier otra forma sobre la base de la información que remita la Empresa Supervisora, el Supervisor In Situ y/o las unidades orgánicas de OSITRAN, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN informará los hechos que configurarían incumplimiento contractual por parte de las empresas concesionarias, que generen la aplicación de penalidades, a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de culminadas las actividades de supervisión correspondientes. Para tales efectos, el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente, antes de emitir su informe, verificará que se haya comunicado a la respectiva empresa concesionaria la existencia de un potencial incumplimiento contractual, requiriéndole su cumplimiento, sin perjuicio de otorgarle la posibilidad de que presente sus descargos en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, prorrogables por similar plazo sujeto a solicitud fundamentada".** (El énfasis es nuestro)

250. En este caso, por ejemplo, METRO no se enteró de su incumplimiento sino hasta después de 4 meses (en el primer caso), cuando ya había sido penalizado con más de 250 UIT. Situación similar se presentaron en las demás oportunidades en las que OSITRAN penalizó a METRO. En ese sentido, el actuar de OSITRAN no solo no buscó el cumplimiento real de la obligación contractual, sino que además no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes.

251. En virtud a lo mencionado, corresponde que este Tribunal Arbitral reduzca también las penalidades sobre la base de este extremo de la demanda de METRO.

252. En este orden de ideas, el Tribunal Arbitral tiene además en cuenta lo señalado en la sentencia Casatoria 761-2003-LIMA de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la cual se expresa: "A efecto de aplicar el artículo 1346° del Código Civil que faculta al juzgado a reducir equitativamente la pena cuando ésta sea manifiestamente excesiva, conclusión a la que se arriba luego del análisis de determinadas circunstancias como son el interés del acreedor, el daño real, el mayor o menor grado de culpabilidad, (...), etc."

253. Bajo estos parámetros, el Tribunal Arbitral concluye que resulta pertinente hacer uso de la facultad excepcional que le está atribuida en el artículo 1346° del Código Civil y reducir la penalidad aplicada.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

254. A efecto de dicha reducción (que por cierto está sujeta a la discreción del juzgador, aun cuando no a su arbitrariedad), este Tribunal Arbitral considera que las penalidades aplicadas mediante los Oficios N° 0014-2016-GSF-OSITRAN, 0020-2016-GDF-OSITRAN, 0027-2016-GDF-OSITRAN, 0140-2016-GDF-OSITRAN, 0291-2016-GDF-OSITRAN, 0295-2016-GDF-OSITRAN, 0296-2016-GDF-OSITRAN y 0311-2016-GDF-OSITRAN, correspondientes al periodo total materia de la presente controversia, deben ser reducidas en un setenta y cinco por ciento (75%), debido que este Colegiado considera se ha probado que:

- (i) METRO ha sufrido en diversas oportunidades el hurto de las señales verticales y horizontales y, aun así, ha sido penalizado por OSITRAN, inclusive por espacios de tiempo que razonablemente hubiera necesitado para reponer dichas señales.
- (ii) A METRO no se le puede imputar la falta de control policial.
- (iii) METRO ha sido fiscalizado por periodos superiores a los 30 días. En ese sentido, el actuar de OSITRAN no buscó el cumplimiento real de la obligación contractual, generó un perjuicio económico a METRO y no siguió un procedimiento razonable a fin de aplicar las penalidades correspondientes.
- (iv) Además, METRO si ha cumplido parcialmente con las prestaciones a su cargo, pues de acuerdo con los propios informes del Supervisor sí existía un gran número de señales verticales y horizontales y sí se había realizado un desvío de tráfico en las zonas de la obra. Además, este Colegiado verifica a partir de la prueba aportada por las partes que la autoridad competente (GTU) no ha sancionado a METRO en ningún momento por el incumplimiento del Plan de Desvíos en el PV23, materia de la presente controversia.

255. En consecuencia, se deben declarar fundadas las Pretensiones Subordinadas de la demanda planteada por METRO.

## **XVII. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES**

256. Ambas partes han solicitado que su contraparte asuma la totalidad de las costas y costos del presente arbitraje. Ahora bien, en el convenio arbitral celebrado entre las partes se señala que los costos y costas del arbitraje deberán ser cubiertos por las partes vencidas.

257. Sobre este particular, el artículo 73° de la LEY DE ARBITRAJE establece que los "costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".
258. Atendiendo al comportamiento procesal de las partes y el criterio de razonabilidad que debe guiar toda decisión, corresponde disponer que las partes asuman, cada una, el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaría arbitral (gastos administrativos del Centro).
259. De acuerdo con la información brindada por la secretaria, los costos que corresponden a los honorarios del Tribunal Arbitral y de los gastos arbitrales, son los siguientes:

CASO	ETAPA	DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0072-2016	INSTALACIÓN	DEMANDANTE: METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A. (50%)	Pagó S/. 7,996.42	Pagó S/. 26,226.57
		DEMANDADO: MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (50%)	Pagó S/. 7,996.42	Pagó S/. 26,226.57

**Montos totalizados:**

CASO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
0072-2016	S/. 15,992.84	S/. 52,453.14

260. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

## **XVIII. PARTE RESOLUTIVA**

261. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.



262. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49° y 50° de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

**LAUDA:**

**PRIMERO.-** Declarar **INFUNDADA** la excepción de incompetencia planteada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

**SEGUNDO.-** Declarar **INFUNDADAS** las Pretensiones Principales de la demanda planteadas por Metro de Lima Línea 2 S.A.

**TERCERO.-** Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N° 0014-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

**CUARTO.-** Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuestas mediante Oficio N° 020-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

**QUINTO.-** Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuesta mediante Oficio N° 0027-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

**SEXTO.-** Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuesta mediante Oficio N° 0140-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

**SÉPTIMO.-** Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Quinta Pretensión Principal de la demanda planteada por Metro de Lima Línea 2 S.A.; en consecuencia, se reducen las penalidades impuesta mediante los Oficios N° 0291-2016-GSF-OSITRAN, 0295-2016-GSF-OSITRAN, 0296-2016-GSF-OSITRAN, 0311-2016-GSF-OSITRAN al 25% de su valor.

**OCTAVO.- FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma total de S/. 52,453.14 (Cincuenta y dos mil cuatrocientos cincuenta y tres con 14/100 Soles) sin incluir el IGV y los servicios de la Secretaría Arbitral (gastos arbitrales) en la suma total de S/. 15,992.84 (Quince mil novecientos noventa y dos con 84/100 Soles) sin incluir el IGV, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por el CENTRO.

*Tribunal Arbitral*  
*Fernando Cantuarias (Presidente)*  
*Sergio Tafur Sánchez*  
*Lourdes Flores Nano*

**NOVENO.- DISPONER** que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y de la Secretaría Arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.



**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**  
Presidente del Tribunal Arbitral



**SERGIO TAFUR SÁNCHEZ**  
Árbitro



**LOURDES FLORES NANO**  
Árbitro



**ANNA PAULA TAMAYO RIOS**  
Secretaria Arbitral